Beendigung der ehelichen Gemeinschaft und Konkubinat in Brasilien

Eine rechtsvergleichende Betrachtung unter Berücksichtigung des französischen Rechts

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
dem Fachbereich Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Matei Ion Hoffmann

Rechtsreferendar aus Bukarest

Marburg 1979

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546011_0005

Beendigung der ehelichen Gemeinschaft und Konkubinat in Brasilien

Eine rechtsvergleichende Betrachtung unter Berücksichtigung des französischen Rechts

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
dem Fachbereich Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Matei Ion Hoffmann

Rechtsreferendar aus Bukarest

Marburg 1979

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Als Dissertation von dem Fachbereich Rechtswissenschaften
angenommen am: 11. Mai 1979
Berichterstatter: Professor Dr. Hans G. Leser
Mitberichterstatter: Professor Dr. Helmut Lecheler
Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juni 1979

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis..... VII
Literaturverzeichnis..... X

Einleitung..... 1

Kapitel 1

Geschichte des Scheidungsverbotes..... 6

I. Scheidungsverbot und Religion..... 7
1) Der geschichtliche Hintergrund..... 11
a) Quand l'Église sera séparée de l'État vous aurez le droit de rétablir le divorce: pas avant..... 12
b) Die Entwicklung seit 1934..... 17

II. Scheidungsverbot und Ökonomie..... 19

III. Ergebnis..... 22

Kapitel 2

A. Trennung und Auflösung der Ehe..... 23

I. Trennung (desquite)..... 23
1) Die einverständliche Trennung (desquite amigável)..... 23
Das Problem des Unterhaltsverzichtes der Frau..... 27
Stellungnahme im Vergleich mit der deutschen Situation vor dem 1. EheRG..... 33
2) Die strittige Trennung (desquite litigioso)..... 36
a) Die Trennungsgründe im einzelnen..... 38
aa) Ehebruch..... 38
(1) Beweis des Ehebruchs..... 40
(2) Verzeihung..... 41
bb) Totschlagsversuch..... 42
cc) Mißhandlung oder schwere Beleidigung..... 43
(1) Schwere Beleidigung..... 43
(2) Mißhandlung..... 45
dd) Freiwilliges Verlassen der ehelichen Gemeinschaft für zwei Jahre ohne Unterbrechung..... 46
b) Prozessuale Aspekte der strittigen Trennung..... 48
c) Folgen des Trennungsurteils..... 49
3) Gemeinsame Rechtsfolgen beider Trennungsarten..... 50
4) Versöhnung (reconciliação)..... 51

II. Auflösung der Ehe..... 52
1) Nichtehe..... 52

Inhaltsverzeichnis

a) Gleichgeschlechtlichkeit 54
b) Nichtbeachtung der gesetzlichen Formvorschriften über die Eheschließung 56
aa) Reichweite des Art. 208 c.c 56
bb) Vertrauensschutz und Analogie zu Art. 208 c.c 57
cc) Die französische und deutsche Lösung 58
dd) Stellungnahme 59
c) Offener Dissens der Nupturienten 61
d) Ergebnis 63
2) Die nichtige Ehe 63
a) Ehehindernisse 63
Nr. I: Verwandtschaft in gerader Linie, sei sie ehelich oder unehelich, natürlich oder bürgerlich 65
Nr. II: Schwägerschaft in gerader Linie, sei sie ehelich oder unehelich 67
Nr. III u. V: Das Ehehindernis der Adoption 70
Nr. IV: Das Ehehindernis in der Seitenlinie 71
Nr. VI: Bigamie 72
Nr. VII: Ehebruch 75
Nr. VIII: Mord und Mordversuch des Dritten 76
b) Weiterer Nichtigkeitsgrund: Art. 208 S.1 c.c 76
3) Die aufhebbare Ehe 77
a) Ehehindernisse 77
Nr. IX: Zwang und Einwilligungsunfähigkeit 77
Nr. X: Entführung 79
Nr. XI: Mangelnde Einwilligung der Vertretungsberechtigten 80
Nr. XII: Altersgründe 81
b) Die Irrtumsanfechtung 82
aa) Die Irrtumsanfechtung nach französischem Recht 83
bb) Weitergehende Kodifizierung in Brasilien 84
Nr. I 1.Alt.: Die Identität 85
Nr. I 2.Alt.: Ehre und guter Ruf 86
Nr. II: Entehrendes Verbrechen 87
Stellungnahme 88
Nr. III 1.Alt.: Unheilbares körperliches Gebrechen 89
Nr. III 2.Alt.: Schwere und übertragbare Krankheit 90
Nr. IV: Die Unkenntnis von der Defloration 92
Stellungnahme 93

B. Der strafrechtliche Schutz der Eheordnung 94

C. Ergebnis 95

Kapitel 3

Das Konkubinat als eheähnliches Institut 96

I. Die inhaltliche Bestimmung des Begriffes Konkubinat (concubinato, concubinage) 96

Inhaltsverzeichnis

1) Verbindung von Mann und Frau als Lebens- und Interessengemeinschaft ... 99
2) Nichtehelichkeit der Verbindung ... 100
3) Kontinuität der geschlechtlichen Beziehungen ... 101
4) Nichtvorhandensein von Ehehinderungs- und Aufhebungsgründen ... 106
Kritik ... 108
Analoge Anwendung der Ehehindernisse ... 109
5) Wohnen unter demselben Dach ... 114
6) Offenkundigkeit der Verbindung ... 116
7) Definitionsvorschlag ... 117

II. Die Häufigkeit des Konkubinates ... 118
1) Brasilien ... 118
2) Frankreich ... 122

III. Ursachen des Konkubinates ... 124
1) Ökonomische Bedürftigkeit ... 124
a) Einkommenslage der brasilianischen Bevölkerung ... 124
b) Alphabetisation in Brasilien ... 127
c) Kosten und Formalitäten der Eheschließung ... 128
Beispielsfall Rio de Janeiro ... 129
2) Religion ... 132
3) Das Scheidungsverbot ... 133
4) Weitere Gründe ... 134
5) Parallelen zu Frankreich ... 135

IV. Rechtsfolgen des Konkubinates ... 138
1) Ansprüche der Konkumbenten gegeneinander ... 138
a) Ansprüche aufgrund erbrachter Dienstleistungen ... 139
Parallelen zu Frankreich ... 142
b) Ansprüche aufgrund faktischen Gesellschaftsverhältnisses ... 142
Parallelen zu Frankreich ... 145
c) Stellungnahme und Kritik ... 146
aa) Ansprüche der Konkubine wegen Tötung des Konkumbenten. 151
Parallelen zu Frankreich ... 151
bb) Zuwendungen an die Konkubine ... 152
Parallelen zu Frankreich ... 153
2) Die Namensführung ... 153
3) Vaterschaftsfeststellung und Konkubinat ... 158
a) Frankreich ... 160
b) Ergebnis ... 162
4) Elterliche Gewalt und Sorgerecht ... 162
a) Frankreich ... 164
b) Ergebnis ... 165
5) Konkubinat und Mietrecht ... 166
a) Frankreich ... 167
b) Ergebnis ... 168
6) Konkubinat und Sozialrecht ... 169
a) Ansprüche der Konkubine im Recht der Arbeitsunfall-Versicherung ... 169
aa) Konkurrenz von Ehefrau und Konkubine ... 174

Inhaltsverzeichnis

bb) Auswirkungen des Unterhaltsverzichtes der Ehefrau auf die Konkurrenz der Ansprüche..... 175
b) Ansprüche der Konkubine im Recht der Sozialversicherung..... 177
Die Konkubine im öffentlichen Besoldungs- und Versorgungsrecht..... 180
c) Parallelen zum französischen Sozialrecht..... 181
aa) Die Konkubine im Sozialversicherungsrecht..... 181
bb) Die Konkubine im Sozialversorgungsrecht..... 185
7) Konkubinat und Steuerrecht..... 186

Schlußbetrachtung..... 188

Anhang

Neues Gesetz über öffentliche Register (Nova Lei de Registros Públicos)..... 195

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Für die in dieser Arbeit verwendeten deutschen Abkürzungen und Sigel, die im Abkürzungsverzeichnis nicht enthalten sind, wird verwiesen auf H. Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache auf der Grundlage der für den Bundesgerichtshof geltenden Abkürzungsregeln, 2. Aufl., Berlin 1968.

Die im folgenden nicht aufgeführten ausländischen Zeitschriften sind abgekürzt in Übereinstimmung mit dem Gesamtregister für Jahrgang 1 (1927)- 25 (1960) und Zeitschriftenverzeichnis zu Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Berlin und Tübingen 1966.

a.A.	anderer Ansicht
abgeschl.	abgeschlossenen
Alt.	Alternative
Analph.	Analphabeten
Ap.	Apelação
Arch.Jud.	Archivo Judiciário
Arts.	Artigos
A.U.C.	Ação Universitária Católica
Bde.	Bände
Bearb.	Bearbeitung
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CADF	Corte de Apelação do Distrito Federal
Câm.	Câmara
CAMT	Corte de Apelação de Mato Grosso
CASP	Corte de Apelação de São Paulo
Cass.Civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
c.c.	código civil; code civil; codice civile
civ.	civil
CLPS	Consolidação das Leis da Previdência Social
CNT	Conselho Nacional de Trabalho
Cód.civ.com.	Código civil comentado
code séc.soc.	Code de la Sécurité Sociale
Comm.sécur.soc.	Commission de 1re instance de la Sécurité Sociale

Abkürzungsverzeichnis

c.p.	código penal
c.p.c.	código de processo civil; codice di procedura civile
c.p.p.	código de processo penal
Cr$	Cruzeiros
dass.	dasselbe
ders.	derselbe
Dez.	Dezember
Dir.fam.	Direito de família
D.J.	Diário da Justiça
D.O.	Diário Oficial
1.EheRG	Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1.EheRG), v. 14.6.1976, BGBl I 1421
Einf.	Einführung
f.	folgende (Seite), folgender (Artikel, Paragraph)
ff.	folgende (Artikel, Paragraphen, Seiten)
gem.	gemäß
I.B.G.E.	Instituto Brasileiro de Geografía e Estatística
I.B.O.P.E.	Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
Inst.	Instanz
J.Interam.St.	Journal of Interamerican Studies
Mgr.	Monsignore
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N	Note
od.	oder
Okt.	Oktober
Pe	Padre
Proc.	Processo
rég.	régionale
Rev.Dir.	Revista do Direito
R.Fôro	Revista do Fôro
RRPS	Regulamento do Regime de Previdência Social

Abkürzungsverzeichnis

schw.	schwere
SJ	Societas Jesu
STF	Supremo Tribunal Federal
TADF	Tribunal de Apelação do Distrito Federal
TAGB	Tribunal de Apelação da Guanabara
TAlçP	Tribunal de Alçada do Paraná
TAlçSP	Tribunal de Alçada de São Paulo
TAMG	Tribunal de Apelação de Minas Gerais
TARdJ	Tribunal de Apelação do Rio de Janeiro
TARGdS	Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul
TASP	Tribunal de Apelação de São Paulo
TFR	Tribunal Federal de Recursos
TJ	Tribunal de Justiça
TJantDF	Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal
TJDF	Tribunal de Justiça do Distrito Federal
TJES	Tribunal de Justiça de Espírito Santo
TJGB	Tribunal de Justiça da Guanabara
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJMT	Tribunal de Justiça de Mato Grosso
TJP	Tribunal de Justiça do Paraná
TJRGdN	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte
TJRGdS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
Trim.	Trimester
u.	und
v.	vom
Verf.	Verfahren
vol.	volume
Zit.	Zitiert

LITERATURVERZEICHNIS

Die abgekürzte Zitierung im Text von Werken desselben Autors wird hier mit "Zit.:" vermerkt. Ältere Auflagen werden auch im Text angegeben.

AGUIAR DIAS, J. de: Anmerkung zum STF Urt. v. 15.12.1942, Rev. Forense 95, 318 ff.

ARRAROS, J. E.: Concubinage in Latin America, J. Fam. L. 3 (1963) 330 ff.

ASCENSIO, P.: L'annulation des donations immorales entre concubins. In: Rev. trim. civ. 73 (1975) 248 ff.

ASSIS RIBEIRO, C. J. de: O divórcio sob o aspecto econômico. In: R. Nunes, Divórcio para os não católicos, Rio de Janeiro 1958, 48 ff.

AUBRY-RAU-ESMEIN: Cours de Droit Civil Français d'après la Méthode de Zachariae, Bd. VII von P. Esmein, 7. Aufl., Paris 1962.

AZEVEDO, Ph.: Um triênio de judicatura, Bd. I, São Paulo 1955.

AZEVEDO, Th. de: O catolicismo no Brasil, Rio de Janeiro 1956.

BARROS MONTEIRO, W. de: Curso de direito civil, 13. Aufl., São Paulo 1975.

BAUDRY-LACANTINERIE-BONNECASSE: Traité théorique et pratique de Droit Civil, Supplément VI, von J. Bonnecasse, Paris 1935.

BAUMANN, A.: Die zivilrechtliche Bedeutung des Konkubinates, Diss. Erlangen 1932.

BEITZKE, G.: Familienrecht, 10. u. 16. Aufl., München 1962 u. 1972.

BERGMANN, A.: Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Loseblattausgabe, fortgeführt von M. Ferid, Bd. I, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1957 ff., Stichwort: Brasilien.

BEVILAQUA, C.: Em defesa do projeto de código civil brasileiro, Rio de Janeiro 1906.
Zit.: Bevilaqua, Projeto.
— Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado, Bd. II, 4. u. 6. Aufl., Rio de Janeiro 1933 u. 1941.
Zit.: Bevilaqua 1933 bzw. Bevilaqua, Cód. civ. com.
— Direito de família, 7. Aufl., Rio de Janeiro 1943.
Zit.: Bevilaqua, Dir. fam.

BEYHAUT, G.: Süd- und Mittelamerika II - Von der Unabhängigkeit bis zur Krise der Gegenwart, Frankfurt am Main 1965.

BONNECASSE, J.: La philosophie du Code Napoléon appliquée au Droit de Famille, 2. Aufl., Paris 1928.

Literaturverzeichnis

BUENO, R.: Regime jurídico da mulher casada, 2. Aufl., Rio de Janeiro 1970.

BULHÕES CARVALHO, F. P. de: Direito de indenização da concubina, Rev. Trib. 216, 13 ff.

CAMACHO, J. A.: Brazil - an interim assessment, 2. Aufl., London 1954.

CÂMARA, A.: A batalha do divórcio, 2. Aufl., São Paulo 1960.

CANGARDEL, L.: Le consentement des époux au mariage, Paris 1934.

CARNEIRO, N.: A luta pelo divórcio, Rio de Janeiro 1973.
— A instituição do divórcio e as razões que a justificam, Brasilia 1975.
Zit.: Carneiro, A instituição do divórcio.

CARVALHO SANTOS, J. M. de: Código civil brasileiro interpretado:
Bd. IV (Direito de família), 7. Aufl., Rio de Janeiro 1961.
Bd. V (Direito de família), 9. Aufl., Rio de Janeiro 1963.
Zit.: de Carvalho Santos IV, V.

CASTRO NERY, P. J. de: Programa de Ação Católica, São Paulo 1933.

CHAVES, A.: Concubinato - Caracterização - Direitos e Obrigações - Locação de Imóvel. In: Rev. Forense 242, 45 ff.

CHEVROT, M. - PETTITI, L.: Législation sur les baux à loyers. In: Conditions de l'Épouse et de la Concubine dans la Législation française, Paris 1956, 10 ff.

CHOMBART DE LAUWE, P.: La vie quotidienne des familles ouvrières (recherches sur les comportements sociaux de consommation), Centre National de la Recherche Scientifique, 1956.

COLIN-CAPITANT: Traité de Droit Civil, réfondue par L. Julliot de la Morandière, Bd. I, Paris 1957.

CONNER, R. L.: Brazilian marital property: the dwindling community, Am. J. Comp. L. 23 (1975) 705 ff.

DAHAN, M.: Sécurité Sociale et Responsabilité, Paris 1963.

DAIBERT, J.: Direito de família, Rio de Janeiro 1973.

DAVID, R.: Le Droit Français, Bd. II, Principes et Tendances du Droit Français, herausgegeben von René David, Paris 1960.

DIAS, A. L.: A concubina e o direito brasileiro, 2. Aufl., São Paulo 1975.

DISCHINGER DE BARROS FERLINI, I.: Der Einfluß des deutschen bürgerlichen Rechts auf das brasilianische, Jurídica Nr. 123, Okt.-Dez. 1973, 481 ff.

Literaturverzeichnis

DÖLLE, H.: Familienrecht. Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Bd. I, Karlsruhe 1964.

DÖRMANN, H.: Die Verzeihung im englischen und im deutschen Ehescheidungsrecht, FamRZ 1956, 295 f.

DOUBLET, J.: Sécurité Sociale, 4. Aufl., Paris 1967.

DUARTE, J.: A constituição brasileira de 1946, Bd. III, Rio de Janeiro 1947.

DUNSHEE DE ABRANCHES, C. A.: Aperfeiçoamento da justiça dos estados. Artikel im Jornal do Brasil v. 14.7.1976, 11.

DUPEYROUX, J. J.: Sécurité Sociale, 6. Aufl., Paris 1975.

DURRY, G.: L'inexistence, la nullité et l'annullabilité des actes juridiques en droit civil français. In: Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Bd. XIV, 1961/1962, Paris 1965, 611 ff.

ESMEIN, P.: Le problème de l'union libre. In: Rev. trim. civ. 34 (1935) 747 ff.

ESSER, J.: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1964.

FALCÃO, W.: Votum, STF Urt. v. 9.4.1943, Rev. Forense 98, 614.

FARIA COELHO, V. de: Nulidade e anulação do casamento, Rio de Janeiro 1952.
— O desquite na jurisprudência dos tribunais, 2. Aufl., Rio de Janeiro 1956.
Zit.: de Faria Coelho, Desquite.

FERID, M.: Das französische Zivilrecht, 2 Bde., Frankfurt am Main 1971.
Zit.: Ferid I, II.

FERID, M. - KEGEL, G. - ZWEIGERT, K.: Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht 1974, Tübingen 1975.
Zit.: Ferid-Kegel-Zweigert, IPG 1974 Nr., Ort und Seite.

FRANCA, L.: O divórcio, 6. Aufl., Rio de Janeiro 1946.

FRANCESCHINI, A. - DE SALLES OLIVEIRA, A.: Direito de família, 4 Bde., São Paulo 1973-1976.

FRIEDBERG, E.: Die Geschichte der Civilehe, 2. Aufl., Berlin 1877.

Literaturverzeichnis

GAMBIER, C.: Situation fiscale des Concubins. In: Conditions de l'Épouse et de la Concubine dans la Législation française, Paris 1956, 48 ff.

GARCEZ FILHO, M.: Direito de família, Bd. I, Rio de Janeiro 1929; Bd. II, 2. Aufl., Rio de Janeiro 1932.
Zit.: Garcez Filho I, II.

GARCÍA CANTERO, G.: El concubinato en el derecho civil frances, Rom 1965.

GARLAND, P. G.: American-Brazilian private international law, New York 1959.

GERHARDT, A.: O cruzeiro faz 35 anos. Jornal do Domingo (Jornal do Brasil) v. 19.12.1976, 4 ff.

GESSNER, V. - SAMTLEBEN, J.: Vertragsehen in Brasilien, RabelsZ 36 (1972) 700 ff.
Zit.: Gessner-Samtleben.

GESTER, M.: Scheidung trotz Scheidungsverbots, Artikel in FAZ, Deutschland und die Welt, v. 13.12.1974.

GOMES, O.: Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro, Salvador de Bahia 1958; englische und spanische Fassungen in: Inter-American Law Review 1 (1959) 331 ff.
Zit.: Gomes, Raízes.
— Memória justificativa do anteprojeto de reforma do código civil. Departamento de imprensa nacional, Rio de Janeiro 1963.
Zit.: Gomes, Anteprojeto.
— Direito de família, Rio de Janeiro 1968; 2. Aufl., Rio de Janeiro 1976.
Zit.: Gomes, Dir. fam.

GOMES, O. - CARNEIRO, N.: Do reconhecimento dos filhos adulterinos, Rio de Janeiro 1952.
Zit.: Gomes-Carneiro.
— A reforma do código civil, São Paulo 1965.
Zit.: Gomes-Carneiro, Reforma.

HABSCHEID, W. J.: Die Rechtsprechung zum Eheauflösungsrecht, FamRZ 1958, 202 ff.

HAMPEL, H.: Unterhaltsverzicht unter Ehegatten bei bestehender oder später eintretender Hilfsbedürftigkeit der Frau, FamRZ 1960, 421 ff.

HAURIOU, M.: Précis de Droit Constitutionnel, 2. Aufl., Paris 1929 (Neudruck 1965).

HENRICHS, W.: Vom brasilianischen Familienrecht, FamRZ 1954, 130 f.

HÖHNE, M.: Der Geltungsanspruch der Eheaufhebung, Diss. Frankfurt am Main 1974.

HOFFMANN, E. - STEPHAN, W.: Ehegesetz. Bearbeiter: W. Appell, K. Johannsen, W. Stephan. München 1968.

Literaturverzeichnis

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (I.B.G.E.): Anuário Estatístico do Brasil 1973-1975, Rio de Janeiro 1974-1976.
— Censo Demográfico Brasil, 8º Recenseamento Geral de 1970, Série Nacional, Bd. I.
— Pesquisa nacional por amostra de domicílios. População-mão-de-obra-salário-instrução-domicílio, 4. Trim. 1973, 2. Aufl., Rio de Janeiro.

JEMOLO, A. C.: El matrimonio, Buenos Aires 1954 (Übersetzung aus dem Italienischen ins Spanische).

JONE, H.: Katholische Moraltheologie unter besonderer Berücksichtigung des Codex Iuris Canonici sowie des deutschen, österreichischen und schweizerischen Rechtes, 16. Aufl., Paderborn 1953.

JORNAL DO BRASIL: Juiz no Brasil tem sobrecarga de trabalho. Artikel v. 26.9.1976, 8.
— Favelado é mesmo marginal? A resposta (em inglês) é: Não. Artikel v. 10.10.1976, 6 f.
— Inflação tem queda em setembro e custo de vida aumenta no Rio. Artikel v. 14.10.1976, 24.

JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, L.: Droit civil, Bd. I, 4. Aufl., Paris 1965.

KASER, M.: Römisches Privatrecht, 9. Aufl., München 1976.

KIPP, Th. - WOLFF, M.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 2. Abt., Das Familienrecht, 5. Bearb., Marburg 1925.

KLINGELHÖFER, H.: Die Reform des französischen Kindschaftsrechts, RabelsZ 36 (1972) 713 ff.

KÖNIG, R.: Handbuch der Empirischen Sozialforschung. Herausgegeben von René König, Bd. II, Stuttgart 1969.

KONETZKE, R.: Die Indianerkulturen Altamerikas und die spanisch-portugiesische Kolonialherrschaft. Aus der Reihe Fischer Weltgeschichte, Bd. XXII, Süd- und Mittelamerika I, Frankfurt am Main 1965.

LAS CASES, E. de: Essai de définition de la Concubine. In: Conditions de l'Épouse et de la Concubine dans la Législation française, Paris 1956, 1 ff.

LEVI CARNEIRO: Pela nova constituição, Rio de Janeiro 1936.

LIMA, A. A.(Tristão de Athayde): Indicações politicas. Da revolução à constituição, Rio de Janeiro 1936.

LOPES DE OLIVEIRA, J.: Manual de direito de família, 2. Aufl., Recife 1976.

LYON-CAEN, G. - RIBETTES-TILLHET, J.: Manuel de droit social, 2. Aufl., Paris 1974.

Literaturverzeichnis

MADLENER, K.: Das französische Unehelichenrecht, Bielefeld 1969.

MAGALHÃES NORONHA, E.: Fecundação artificial e adultério, Rev. Trib. 306, 778 ff.

MARIA, J. Pe: O catolicismo no Brasil, Rio de Janeiro 1950.

MARTY, G. - RAYNAUD, P.: Droit Civil, Bd. I, Paris 1956.

MAS, G.: Droits comparés de la Concubine et de l'Épouse en matière de pensions. In: Conditions de l'Épouse et de la Concubine dans la Législation française, Paris 1956, 42 ff.

MAZEAUD-MAZEAUD: Leçons de Droit Civil, Bd. I, Paris 1955.
— Jurisprudence en matière de droit civil - b) Préjudice. In: Rev. trim. civ. 37 (1938) 459 f.

MEDEIROS DA FONSECA, A.: Investigação de paternidade, 3. Aufl., Rio de Janeiro 1958.

MEIRA, S. A. B.: Tobias Barreto als Vorläufer des Germanismus, Jurídica Nr. 123, Okt.-Dez. 1973, 328 ff.

MEZGER, E.: Die Bedeutung der Zahlvaterschaft nach der neuesten Reform des Kindschaftsrechts in Frankreich, FamRZ 1972, 75 ff.

MORTARA, G.: Estudos demográficos Nr. 158: Indícios da freqüência das uniões conjugais livres em alguns Estados do Brasil, Rio de Janeiro, 26.3.1956.
Zit.: Mortara, Estudos demográficos Nr. 158.
— Estudos demográficos Nr. 260: As uniões conjugais livres na America Latina, Rio de Janeiro, September 1961.
Zit.: Mortara, Estudos demográficos Nr. 260.

MOSER, R.: Emanzipation und Gleichberechtigung der Ehefrau in Brasilien und in den anderen Ländern des romanischen Rechtskreises, RabelsZ 29 (1965) 357 ff.

MOTSCH, R.: Die Konkordatsehe in Italien, Frankfurt am Main 1965.

MOURA BITTENCOURT, E. de: O concubinato no direito, 4 Bde., 2. Aufl., Rio de Janeiro 1969.
Zit.: de Moura Bittencourt I, II, III, IV.
— Concubinato, São Paulo 1975.
Zit.: de Moura Bittencourt 1975.
— Família, Rio de Janeiro.

MULLER LEITE, Y.: Das ações de desquite, nulidade e anulação do casamento, 2. Aufl., Rio de Janeiro 1967.

MÜLLER-FREIENFELS, W.: Ehe und Recht, Tübingen 1962.

NASCIMENTO, E. D.: Linguagem forense: redação forense, a língua portuguesa aplicada à linguagem do foro, 2. Aufl., São Paulo 1974.

Literaturverzeichnis

NASCIMENTO E SILVA, L. G.: Exposição de Motivos. In: Consolidação das Leis da Previdência Social e Regulamentos vigentes, São Paulo 1976.

NEUE ZÜRCHER ZEITUNG: Diskussion um Ehescheidung in Brasilien, Artikel v. 27.3.1975.

NEUHAUS, P. H.: Das Verhältnis von Auflösung und Annullierung der Ehe in rechtsvergleichender Sicht. In: Festschrift für Hans G. Ficker zum 70. Geburtstag am 20. Juli 1967, Frankfurt am Main 1967, 337 ff.

OLIVEIRA CRUZ, J. C. de: Renúncia da pensão alimentícia no desquite amigável, Rev. Forense 228, 391 f.

PALANDT: Bürgerliches Gesetzbuch, 36. Aufl., München 1977.
Zit.: Palandt-Bearbeiter.

PEREIRA, O. D.: A constituição do Brasil (1967), Rio de Janeiro 1967.

PERLMAN, J. E.: The Myth of Marginality; Urban Poverty and Politics in Rio de Janeiro, University of California Press 1976.

PLÁCIDO E SILVA, de: Vocabulário jurídico, Bd. II, 4. Aufl., São Paulo 1975.

PLANIOL-RIPERT-BOULANGER: Traité de Droit Civil, d'après le traité de Planiol, Bd. I, Paris 1956.

PONTES DE MIRANDA: Einleitung zu Band III der Sammlung "Die Zivilgesetze der Gegenwart: Brasilien, Código Civil", herausgegeben von Heinsheimer, Mannheim 1928.
— Tratado de direito privado:
Bd. VII - Direito de personalidade, direito de família, 2. Aufl., Rio de Janeiro 1956.
Bd. VIII - Dissolução da sociedade conjugal, eficácia jurídica do casamento, 2. Aufl., Rio de Janeiro.
Bd. IX - Direito de família: direito parental, direito protectivo, Rio de Janeiro 1955.
Zit.: Pontes de Miranda VII, VIII, IX.
— Comentários à constituição de 1946, Bd. VI, 3. Aufl., Rio de Janeiro 1960.
Zit.: Pontes de Miranda, Comentários 1946.
— Comentários à constituição de 1967 com a emenda Nr. I de 1969, Bd. VI, 2. Aufl., São Paulo 1972.
Zit.: Pontes de Miranda, Comentários 1967.

POPP: Verzeihung durch ehelichen Verkehr, FamRZ 1955, 160 f.

PRUNES, L. M.: Anulação do casamento - êrro essencial, 2. Aufl., São Paulo 1968.
— Prática do desquite amigável, 2. Aufl., São Paulo 1972.
Zit.: Prunes, Prática.

Literaturverzeichnis

RABEL, E.: Gesammelte Aufsätze, herausgegeben von H. G. Leser, Bd. III, Tübingen 1967.

RAYMOND, G.: Le consentement des époux au mariage, Paris 1965.

RHEINSTEIN, M.: Marriage Stability, Divorce and the Law, Chicago 1972.

RODIÈRE, R.: Le ménage de fait devant la loi française. In: Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française, Bd. XI, 1957, Paris 1960, 55 ff.

RODMAN, H.: Marriage, Family and Society. Herausgegeben von Hyman Rodman, New York 1965.

RODRIGUES, S.: Direito civil, Bd. VI, direito de família, 3. u. 4. Aufl., São Paulo 1973 u. 1975.

RODRIGUES SILVA FILHO, N.: Impôsto de renda, Rio de Janeiro 1971.

ROSENN, K. S.: The Jeito, Brazil's institutional bypass of the formal legal system and its developmental implications, Am. J. Comp. L. 19 (1971) 514 ff.

ROUAST, A.: La Sécurité Sociale et le Droit de Famille. In: Le Droit Privé Français au Milieu du XX^{e} Siècle, Études Offertes à Georges Ripert, Bd. I, Paris 1950, 346 ff.
Zit.: Rouast, Études Ripert.
— La Femme mariée et la Concubine au point de vue de la législation sociale. In: Conditions de l'Épouse et de la Concubine dans la Législation française, Paris 1956, 36 ff.
Zit.: Rouast, La Femme mariée et la Concubine.

ROUAST, A. - DURAND, P. - DUPEYROUX, J.-J.: Sécurité Sociale, 3. Aufl., Paris 1961.

RUPP, J. Mgr.: Brésil, espoir chrétien? Paris 1965.

RUSSOMANO, M. V.: Comentários à Lei Orgânica da Previdência Social, Bd. I, Art. 1-68, 2. Aufl., Rio de Janeiro 1967.
Zit.: Russomano, Comentários.
— Comentários à Lei de Acidentes do Trabalho, 3. Aufl., São Paulo 1969.

SÁ PEREIRA, V. de: Direito de família, Rio de Janeiro 1923.
— Decisões e julgados, 2. Aufl., Rio de Janeiro 1958.

SAMTLEBEN, J.: Die brasilianische Rechtsprechung zur Anerkennung ausländischer Scheidungsurteile, RabelsZ 30 (1966) 459 ff.
— Wiederheirat einer in Deutschland geschiedenen Brasilianerin. Zum Beschluß des OLG Celle vom 18.9.1968, StAZ 1969, 108 ff.

Literaturverzeichnis

SARANTSAKOS, S.: Die Ehe zwischen Form und Gewissen - Studien zum kritischen Funktionalismus, Heft 1, München 1972.

SAVATIER, R.: Le Droit, l'Amour et la Liberté, 2. Aufl., Paris 1963.

SCHÖPS, H.: Die personenrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen dem unehelichen Vater und seinem Kinde, Hamburg 1973.

SCHOOYANS, M.: O desafio da secularização, São Paulo 1968.

SCHÜHLY, SJ, G. F.: Marginality and Integration: The Analysis of Models of Development, Fordham University 1975.

SILLS, D. E.: International Encyclopedia of the Social Sciences. Herausgegeben von David E. Sills, Bd. 10, 1968.

SILVA PEREIRA, C. M. da: Instituições de direito civil, Bd. V, direito de família, Rio de Janeiro 1972.
Zit.: da Silva Pereira, Instituições.
— Concubinato - sua moderna conceituação, Rev. Forense 190, 13 ff.

SILVEIRA, A.: O Casamento putativo no Direito Brasileiro, São Paulo 1972.
— O fator sexual na anulação do casamento, Rev. Forense 111, 336 ff.
Zit.: Silveira, O fator sexual.

SIMMONET, F.: Sociétés entre époux et Sociétés entre Concubins. In: Conditions de l'Épouse et de la Concubine dans la Législation française, Paris 1956, 21 ff.

SOHM, R.: Die obligatorische Civilehe und ihre Aufhebung, Weimar 1880.

SOUSA MONTENEGRO, J. A. de: Evolução do catolicismo no Brasil, Petrópolis 1972.

STEELE, L.: Alimentos no desquite amigável - O problema de sua irrenunciabilidade no direito brasileiro, Rev. Trib. 439, 43 ff.
— Alimentos no desquite, Rev. Forense 237, 39 ff.

STÜCKRADT, V.: Rechtswirkungen eheähnlicher Verhältnisse, Diss. Frankfurt am Main 1964.

SÚMULA da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, 3. Aufl., São Paulo 1964.
Zit.: Súmula.

THÉRY, R.: Le concubinage en France. In: Rev. trim. civ. 58 (1960) 33 ff.

THOMAS, H.-F. C.: Formlose Ehen. Eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung, Bielefeld 1973.

Literaturverzeichnis

TOMFORDE-DIEFENBACH-WEBLER: Das Recht des unehelichen Kindes und seiner Mutter im In- und Ausland, 5. Aufl., 13. Lieferung, Dez. 1973, Köln, Stichwort: Frankreich.

TRIGUEIROS, A. M. C. E.: Concubinato e terceiros, Rev. Trib. 389, 15 ff.

TUNC, A.: Obligation en général et responsabilité civile. La réparation du préjudice subi par le concubin du fait de la mort de sa concubine, Rev. trim. civ. 62 (1964) 96 ff.

VALLADÃO, H.: Divórcio. Ineficácia absoluta no Brasil do segundo casamento de brasileiro divorciado no estrangeiro. In: Rev. Trib. 191, 38 ff.
— Não reconhecimento de divórcio de brasileiro obtido no estrangeiro. In: Rev. Trib. 307, 7 ff.

VIANNA, H.: História do Brasil, 12. Aufl., São Paulo 1975.

VILLELA, J. B.: A New Approach to Legitimacy in the Area of Children's Rights. In: The Child and the Law (The Proceedings of the First World Conference of the International Society on Family Law Held in Berlin 1975), herausgegeben von Frank Bates, Bd. II, New York 1976, 485 ff.

WALD, A.: Casamento - concubinato - sucessão - sociedade de fato, Rev. Forense 229, 29 ff.

WEILL, A.: Droit civil, Bd. I, 2. Aufl., Paris 1970.

WINCH, R. F. - GODMAN, L. W.: Selected Studies in Marriage and the Family, 3. Aufl., New York 1968.

ZWEIGERT, K.: Méthodologie du droit comparé. In: Mélanges offerts à Jacques Maury, Bd. I, Paris 1960, 579 ff.

EINLEITUNG

Eine vom Gesetz mit dem Makel der Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit versehene eheliche Verbindung kann in Brasilien aufgelöst werden. Die Auflösung einer wirksam geschlossenen Ehe dagegen war bis vor kurzer Zeit nicht möglich. Statt der Scheidung kannte die brasilianische Rechtsordnung lediglich die (einverständliche oder strittige) Trennung der ehelichen Gemeinschaft gem. Art. 315 III c.c., die man desquite nennt.

Der brasilianische Kongreß hat am 22./23. Juni 1977 die vom oppositionellen Senator von Rio de Janeiro Prof. Nelson Carneiro eingebrachte Vorlage zur Änderung des Art. 175, erster Paragraph[1], der Bundesverfassung mit folgendem Wortlaut angenommen:

Art. 1 - § 1 des Artikels 175 der Bundesverfassung tritt mit folgender Fassung in Kraft:

"Art. 175 - .....

§ 1 - Die Ehe kann nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen aufgelöst werden, sofern eine gerichtliche Trennung seit mehr als drei Jahren vorliegt".

Art. 2 - Die Trennung, von der § 1 des Artikels 175 der Verfassung handelt, kann, gerichtlich wirksam bewiesen und von fünfjähriger Dauer, de facto sein, wenn sie vor dem Zeitpunkt dieser Änderung erfolgt ist.

Bei Abschluß dieser Arbeit war noch nicht bekannt, welche einzelgesetzlichen Regelungen zur Durchführung der Scheidung vorgesehen sein würden, insbesondere, welche "vom Gesetz bestimmten Fälle" zur Scheidung führen würden. Vor Drucklegung aber trat das Gesetz Nr. 6.515 vom 26.12.1977 in Kraft. Nach Art. 4 des Gesetzes können sich Eheleute nach mehr als zwei Jahren Ehe einverständlich gerichtlich trennen (separação judicial por mútuo consentimento). Art. 5 sieht die strittige gerichtliche Trennung (separação judicial pedida por um só dos cônjuges) vor. Die gerichtliche Trennung kann von ei-

---

1) Art. 175, erster Paragraph, a. F. lautete: "Die Ehe ist unauflösbar."

nem Gatten nun verlangt werden, wenn er sich auf den Vorwurf ehrlosen Verhaltens oder jeder anderen Handlung stützt, die eine schwere Verletzung ehelicher Pflichten darstellt, so daß ein Zusammenleben unerträglich wird. Gemäß § 1 des Art. 5 kann die gerichtliche Trennung auch verlangt werden, wenn einer der Ehegatten nachweist, daß das Zusammenleben seit mehr als fünf aufeinanderfolgenden Jahren abgebrochen und eine Wiederherstellung nicht mehr möglich ist. Nach § 2 des Art. 5 schließlich kann ein Ehegatte die gerichtliche Trennung verlangen, wenn der andere von einer schweren Geisteskrankheit befallen ist, die sich nach der Heirat manifestiert, und die ein weiteres Zusammenleben unmöglich macht, sofern nach einer Dauer von fünf Jahren erkannt wird, daß eine Heilung der Krankheit unwahrscheinlich ist. Art. 6 bestimmt aber, daß in den Fällen der §§ 1 und 2 des Art. 5 eine gerichtliche Trennung verweigert werden kann, wenn dadurch jeweils die persönlichen Umstände oder die Krankheit des anderen Gatten verschlimmert würden oder wenn besonders schwere sittliche Konsequenzen für die minderjährigen Kinder zu besorgen sind.

Die gerichtliche Trennung kann drei Jahre nach der Entscheidung des Gerichts in eine Scheidung umgewandelt werden, die durch Urteil ohne Nennung von Gründen ausgesprochen wird, Art. 26. Die Scheidung kann nach Art. 40 aber auch beantragt werden, wenn lediglich eine faktische Trennung vorliegt, die vor dem 28.6.1977 begonnen und fünf Jahre gedauert hat. Dauer und Grund der Trennung sind zu beweisen. Die Scheidung kann nur auf die in den Art. 4 und 5 und deren Paragraphen genannten Gründen gestützt werden. Für die anhängigen oder schon abgeschlossenen desquite-Verfahren sehen die Art. 41 ff. Anpassungsregelungen vor, die den desquite der separação judicial gleichsetzen[1].

---

1) Das Gesetz Nr. 6.515 vom 26.12.1977 umfaßt insgesamt 54 Artikel, einschließlich verfahrensrechtlicher Vorschriften, vgl. Coleção das Leis 1977 VII, VIII, Oktober-Dezember, Departamento de Imprensa Nacional 1978.

Dadurch, daß die Scheidung nur nach vorausgegangener gerichtlicher oder faktischer Trennung ausgesprochen werden darf, baut die neue Regelung des Art. 175, erster Paragraph, auch auf dem Rechtsinstitut des desquite auf. Die in dieser Arbeit angestellten Betrachtungen zum desquite werden daher dem Verständnis der bisherigen Rechtslage und der darauffolgenden Entwicklung dienlich sein. Die in Rechtsprechung und Literatur bisher herausgearbeiteten Grundsätze zu den vor der Eherechtsreform geltenden enumerativen Gründen für einen strittigen desquite werden weiterhin Bedeutung haben, weil die in Art. 5 des Scheidungsgesetzes niedergelegten Trennungsgründe (ehrloses Verhalten, schwere Verletzung ehelicher Pflichten) ihrerseits ausfüllungsbedürftig sind.

Schwerpunkt dieser Arbeit ist die Untersuchung des Konkubinates in Brasilien, dessen Existenz bisweilen auf das Scheidungsverbot zurückgeführt wird. Die mit dem Scheidungsverbot und dessen historischem und politischem Hintergrund sowie mit dem desquite zusammenhängenden Fragen sollen einen Einblick in das System des brasilianischen Ehe- und Familienrechts gewähren, gleichzeitig aber auch das Beieinander von Ehe und eheähnlicher Gemeinschaft in der brasilianischen Wirklichkeit veranschaulichen. Weiterhin sind Darstellung und Untersuchung der im brasilianischen Eherecht aufgestellten Ehehindernisse, deren Vorliegen zur Annahme von (rechtlich umstrittenen) Nichtehen, zu nichtigen Ehen oder aufhebbaren Ehen führen kann, für die Beantwortung der Frage relevant, ob die rechtlich mangelhaften Verbindungen als Putativehen, als Konkubinate oder als juristisch unbeachtliche Zusammenschlüsse zu werten sind. Diese Stellungnahme ist sowohl für die "Eheleute" als auch für deren Abkömmlinge und schließlich für Dritte, mit denen Rechtsbeziehungen eingegangen werden, von Bedeutung. Der Vollständigkeit wegen wurde auch die Irrtumsanfechtung im Eherecht behandelt, die gleichfalls die Möglichkeit zur Auflösung des ehelichen Bandes bietet[1].

---

1) Siehe unten S. 82 ff.

Mit den gerichtlichen Gestaltungsakten, die Ehen für nichtig, aufgehoben oder getrennt erklären, werden allerdings vornehmlich die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien betroffen. Die Urteile können dagegen die individuellen sozialen und psychologischen Konstellationen kaum mit gleicher Verbindlichkeit beeinflussen. So wird ein Paar, dem die Ehe wegen bestimmter Hinderungsgründe verwehrt oder durch Hoheitsakt nachträglich zerstört wird, dennoch zusammenbleiben wollen, auch wenn das Zusammenleben kein eheliches Dasein bedeutet. Jene, denen die endgültige Loslösung vom Ehegatten wegen des Scheidungsverbotes unmöglich war, können trotzdem einen neuen Gefährten gefunden haben, obwohl das Eherecht für diese Lebensbündnisse weder früher noch heute positive Normen vorgesehen hat oder vorsieht.

All diesen nichtehelichen Lebensbündnissen fehlen bestimmte Erfordernisse, die das Eherecht für das Vorliegen vollgültiger Ehen aufgestellt hat. Das bedeutet nicht, daß sich das Ehe- und Familienrecht sowie andere Rechtsbereiche wie z.B. das Mietrecht, das Sozialrecht oder das Steuerrecht nicht für die Tatsache interessieren, daß diese atypischen Ehen und Familien eine soziale Existenz haben. Diese Erkenntnis gilt für Brasilien ebenso wie für Länder, deren Rechtsordnungen die Ehescheidungen zulassen, wie beispielsweise die deutsche[1] und die französische. Besonders an dieser richten sich sowohl die brasilianische Rechtstheorie als auch die Judikatur nicht nur generell, sondern auch konkret bei der Behandlung des Konkubinates aus.

Es soll in Anbetracht dieser besonders ausgeprägten Orientierung der brasilianischen Jurisprudenz an französischen Vorbildern zudem untersucht werden, ob die nichtehelichen Verbindungen in beiden Rechtsordnungen auf vergleichbaren Voraussetzungen beruhen und ob die jeweils gefundenen juri-

---

1) Vgl. dazu Sarantsakos, 14 ff.; Müller-Freienfels, 108; Stückradt, 4 ff., aus deutscher rechtsvergleichender Sicht; García Cantero, 16 ff., aus französischem bzw. spanischem rechtsvergleichendem Blickwinkel.

stischen Lösungen zur Erfüllung gleicher Funktionen verwandt werden[1].

---

1) Zu den Aufgaben der Rechtsvergleichung, vgl. Rabel, 2 ff., 186 f.; Esser, 346 ff.; Zweigert, 579 ff.

Kapitel 1

Geschichte des Scheidungsverbotes

Die Trennung ist nicht als gesetzlich zugelassene Alternative zur Scheidung geschaffen worden, wie das andere Rechtsordnungen kennen[1], sondern läßt sich nur aus dem Scheidungsverbot erklären. Dieses Verbot, das dem materiellen Eherecht nur im Wege des Umkehrschlusses aus Art. 315, einziger Paragraph, c.c. entnommen werden kann, fand seine konstitutionelle Grundlage in Art. 175 § 1 a.F. der Bundesverfassung von 1969, mit dem die Unauflösbarkeit der Ehe statuiert wurde.

Unvollkommen wäre es, das Scheidungsverbot allein aus der im Jahre 1969 geschaffenen Verfassungslage abzuleiten, da es auch vorher schon bestanden hatte[2]. Die Erwähnung der Unauflösbarkeit des ehelichen Bandes (vínculo indissolúvel) geht auf die Formulierung in der Verfassung von 1934 zurück. In den davor geltenden Konstitutionen findet sich nichts Vergleichbares[3]. Damit ist aber nicht gesagt, daß das Konzept der Unauflösbarkeit der Ehe erst jüngeren Datums wäre. So hat das Dekret Nr. 181 vom 24.1.1890 - im Gegensatz zum Zivilgesetzbuch von 1916 - zwar den Begriff der Scheidung (divórcio) gebraucht und eigens ein Kapitel "Do divórcio" in den Art. 80 ff. vorgesehen, doch wird in Art. 88 klargestellt, daß die Scheidung nicht das eheliche Band löse, sondern nur die unbegrenzte Trennung der Körper (separação de corpos) ermögliche und den ehelichen Güterstand beende, so

---

1) Belgien: Trennung, Art. 306 ff. c.c., Scheidung, Art. 229 ff. c.c.; Frankreich: Trennung, Art. 296 ff. c.c., Scheidung, Art. 229 ff. c.c.; Italien: Art. 150 ff. c.c. (regeln die strittige Trennung = separazione contenziosa), Art. 158 c.c., 711 c.p.c. (regeln die einverständliche Trennung = separazione consensuale), Scheidung, Gesetz Nr. 898 vom 1.1.1970; Portugal: Trennung, Art. 1.773 ff. c.c., Scheidung, Art. 1.789 ff. c.c.

2) Vgl. die Verfassungen von 1946 (Art. 163 I), 1937 (Art. 124 S. 1) und 1934 (Art. 144).

3) Vgl. die Verfassungen von 1926 (Art. 72 § 4); vom 24.2.1891 (Art. 72 § 4) und die provisorische Verfassung vom 22.6.1890 (Art. 72 § 4).

als ob die Ehe aufgelöst würde.

An dieser Rechtslage änderte der spätere código civil nichts. Vielmehr führte er den Begriff des desquite ein[1], der jeder anderen Rechtsordnung, auch der sprachverwandten portugiesischen, unbekannt ist.

I. Scheidungsverbot und Religion

Das Scheidungsverbot wird oft mit dem Einfluß der katholischen Kirche auf die staatliche Gesetzgebung erklärt, da in den vergangenen Jahrhunderten das brasilianische Eherecht von den Canones des Tridentinum sowie den Verfassungen des Erzbistums von Bahia bestimmt wurde und die scheidungsfeindliche Haltung der Kirche unverändert geblieben ist. Die Forderung nach Dauerhaftigkeit und Unauflösbarkeit des ehelichen Bandes, die von der katholischen Kirche erhoben wird, habe dazu geführt, daß man die Scheidung zugunsten der Trennung mensa et thoro geopfert habe[2].

Es finden sich im brasilianischen Schrifttum auch direktere Angriffe gegen die Kirche wegen ihrer vermeintlichen Urheberschaft für das Scheidungsverbot. Der Begriff des unlösbaren Bandes sei Frucht eines "religiösen Imperialismus"[3] und "Überbleibsel der tausendjährigen Diktatur des Klerus über die Geister, im flagranten Konflikt mit dem sozialen Leben in Brasilien" sowie "Ausdruck des katholischen Widerstandes" gegenüber der Scheidung[4]. Im Zusammenhang mit

---

1) Ebensogut hätte man den im portugiesischen Sprachraum sonst üblichen Begriff "separação" wählen können. Pontes de Miranda VIII, 36, erwähnt die anfängliche Verwirrung in der Judikatur angesichts der Gleichsetzung von desquite und separação, wie in Brasilien eine im Ausland durchgeführte Trennung grundsätzlich bezeichnet wird.

2) Garcez Filho II, 5; Gester, FAZ v. 13.12.1974; Prunes, Prática, 38; ähnlich Rosenn, Am.J.Comp.L. 19 (1971) 525.

3) Pontes de Miranda, Comentários 1967, 315 f.

4) Pontes de Miranda, Comentários 1967, 319.

der Verfassung von 1946 liest man bei Pontes de Miranda[1], daß es nur eine befriedigende Erklärung für die Unauflösbarkeit gäbe, nämlich den Einfluß der Religion. Dieser habe dem Gesetz den sakramentalen Charakter bewahrt. Art. 163, der dem Art. 175 § 1 von 1969 entspricht, stelle den schwachen Punkt der Verfassung von 1946 dar. Er sei Beweis der "internationalen Pressionen", die dem Text den "medievalismo" der Unauflösbarkeit beschert hätten[2].

Anhand eines früheren Zitats von 1928 läßt sich indes nachweisen, daß derselbe Autor einst auch einen ganz anderen Standpunkt in derselben Frage bezogen hatte: "Daß die Ehescheidung (dem Bande nach) ausgeschlossen bleibt, ist nicht allein aus der kirchlichen Überlieferung zu erklären."[3] Damit fand er Widerhall in Deutschland. So liest man bei Henrichs[4], daß man sich von der Auffassung freizuhalten habe, daß die Regelung nur aus dem katholischen Gesamtcharakter Brasiliens zu erklären sei. Im Gegenteil (!) sei mit der Trennung von Kirche und Staat voller Ernst gemacht worden. Leider bricht dann aber die erwartete, dem "Gegenteil" abzugewinnende Erklärung ab.

Wenn die Ehe als Vertrag ohne sakramentalen Charakter verstanden wird, so ist damit noch nichts über die Hintergründe des Scheidungsverbotes ausgesagt. Das Konzept der vertraglichen Ewigkeit ehelichen Zusammenlebens ist dann noch schwerer zu verteidigen. Demgegenüber finden sich zahlreiche Stimmen, welche die scheidungsfeindlichen Züge der Verfassung auf den Einfluß eines Flügels des katholischen Blocks zurückführen, der auch schon im Jahre 1946 die entsprechenden Normen geschrieben habe, nämlich "Priester und katho-

---

1) Comentários 1946, 178.

2) Pontes de Miranda, Comentários 1946, 182.

3) Pontes de Miranda, Einleitung zu Heinsheimers "Brasilien - Código Civil", S. XXXIV; ebenso Nunes, 27.

4) FamRZ 1954, 131.

lische Fanatiker"[1], verantwortlich für die fortgesetzte "zerebrale Versteinerung", "die Rückständigkeit" und den "Obskurantismus"[2]. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf die Katholiken als gesellschaftliche Gruppe und als integratives Element des Staates erfolgte im Jahre 1946, als die damalige verfassunggebende Versammlung ermahnt wurde, keine politische Gruppe zu übergehen und daher die religiöse Kraft - gemeint waren die Katholiken und ihre Kirche - in der "Carta Magna" zu berücksichtigen, wenn es um Fragen von Ehe und Familie gehe[3]. Wie schon erwähnt, wurde in der Verfassung von 1946 das Scheidungsverbot fortgeschrieben.

Selbst wenn die zitierten Behauptungen zuträfen, daß die Religion Einfluß auf die Formulierung der Verfassungen gehabt habe, wie beispielsweise bei der besonderen Berücksichtigung des katholischen Standpunktes im Jahre 1946, wäre die "Urheberschaft" der Kirche für das Scheidungsverbot noch nicht überzeugend nachgewiesen. Die Feststellung, daß katholisches Gedankengut in die Verfassungsmaterie Eingang gefunden habe, rechtfertigt in keiner Weise den Schluß, daß die katholische Kirche mittels konkreten politischen Drucks einen solchen Erfolg erzielt habe. Stattdessen kann man vertreten, daß eine traditionelle sittliche Anschauung, geprägt durch die unmißverständliche Ablehnung der Ehescheidung seitens der katholischen Moraltheologie, der Kodifizierung diese und keine scheidungsfreundliche Richtung gegeben habe[4].

Ohne den Bezug zur Religion herzustellen, wurde früher auch argumentiert, daß die brasilianische Bevölkerung schlecht-

---

1) Z.B. Pereira, 572.

2) Pereira, 573.

3) So Ataliba Nogueira, Berichterstatter des 8. Unterausschusses der verfassunggebenden Versammlung von 1946, zitiert bei Duarte, 258.

4) Vgl. Trigueiros, Rev. Trib. 389, 20 f.; siehe auch unten S. 133 N 2.

hin gegen die Scheidung eingestellt sei[1]; auch andere Erklärungen lassen sich finden, die jede Anspielung auf die katholische Dogmatik vermeiden und statt dessen weltlich-ideologische oder sozialpsychologische Erklärungsversuche liefern: Das Scheidungsverbot wird als Ergebnis eines staatliches Kultes der Familie[2] gesehen oder als Abwehr des Individualismus begrüßt, welcher der sozialen Institution Ehe abträglich sei. Die Ehe wiederum habe den Interessen der gemeinschaftlichen Ordnung des Kollektivs zu dienen; daher sei die Scheidung gemeinschaftsschädlich[3]. Bei einem der Väter des código civil, Clovis Bevilaqua, findet sich die Überzeugung, daß die Scheidung gar ein System sukzessiver Polygamie schaffen würde und deshalb abzulehnen sei[4].

---

1) Câmara, 57, mit Zitat von Ruy Barbosa; dasselbe Zitat erwähnt auch Carneiro, 312; Franca, 343. - Eine vom I.B.O.P.E. geführte Umfrage ergab 1966, daß 66 % der Befragten für die Einführung der Scheidung waren, 62 % der Katholiken, 73 % der Spiritisten, 84 % der Atheisten und 93 % der Anhänger des Umbanda (einer typisch brasilianischen, afro-indianisch geprägten synkretistischen Religion), demgegenüber nur 55 % der Protestanten. 1975 erklärten sich 91,8 % der Bevölkerung als Katholiken, 5,2 % als Protestanten, 1,3 % als Spiritisten und 1 % als Andersgläubige, vgl. I.B.G.E., Anuário Estatístico 1975, 52. Carneiro, 247 ff., berichtet von einer Umfrage im Jahre 1969, bei der sich 78 % der Befragten für die Scheidung ausgesprochen haben, 19 % waren dagegen, 2 % waren unentschieden.

2) de Barros Monteiro, 206.

3) Levi Carneiro, 357.

4) Projeto, 97 ff. Die Ablehnung der Scheidung durch Bevilaqua, die nicht ersichtlich konfessionell beeinflußt war, sondern den sozialpsychologischen Ansatz aufweist, fand wegen der apodiktischen und pathetischen Ausdrucksweise Widerspruch. Bevilaqua war der Auffassung, die Scheidung würde der Zunahme tierischer Leidenschaften Vorschub leisten, die familiären Bande schwächen und damit verheerende Rückwirkungen auf die soziale Organisation haben. Die häusliche Moral bedürfe höchsten Zartgefühls, besonders wegen der Kinder, deren Geist sich verwirre und deren Interessen nicht gewissenhaft wahrgenommen würden, wenn ihre Eltern die heilige Aufgabe, die ihnen übertragen worden sei, vergäßen und sich zu Ausschweifungen hinreißen ließen, ohne es vor den Augen der zarten Geschöpfe, denen sie als Vorbilder dienen müßten, auch nur verschleiern zu brauchen. Diese Handlungen verursachten zwangsläufig einen schlimmen moralischen Niedergang. Garcez Filho II, 6, bezeichnet solcherlei Sätze als lästerlich und ein Zeugnis der Unfähigkeit religiös (!) voreingenommener Personen, die Problematik zu begreifen. Diese beiden Standpunkte sind beispielhaft für die scharfe Auseinandersetzung innerhalb der brasilianischen Gesellschaft um die Frage des Scheidungsverbotes.

Im Rahmen der Diskussion um das Pro und Contra der Scheidung, deren Darstellung den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen würde[1], gibt es gelegentlich auch Versuche, das Scheidungsverbot mit dem Einfluß des in Brasilien vorherrschenden Konservatismus auf dem Gebiet der familiären Beziehungen[2] zu verknüpfen. Daneben finden sich auch Stellungnahmen, die lediglich die Übernahme kanonischen Rechts registrieren[3].

Bei allen zitierten Quellen vermißt man die historische Dimension, die gerade im Fall Brasiliens erheblich ist, weil dort das Verhältnis von Kirche und Staat eine besondere Entwicklung erfahren hat[4].

1) Der geschichtliche Hintergrund

Die zwei Jahre nach Ausrufung der Unabhängigkeit Brasiliens vom Mutterland Portugal ausgearbeitete politische Verfassung von 1824 formulierte in Art. 5: "Die katholische Religion, apostolisch und römisch, bleibt die Religion des Kaiserreiches. Alle weiteren Religionen sind zugelassen, ihre Ausübung im häuslichen oder privaten Kreis, in dafür vorgesehenen Häusern, keinesfalls aber außerhalb der Tempel."[5]

---

1) Eine gute Übersicht gibt de Barros Monteiro, 203 ff.; vgl. auch die Werke der prominentesten politischen Wortführer beider Lager nach dem 2. Weltkrieg, Pe Câmara, A batalha do divórcio und Nelson Carneiro, A luta pelo divórcio.

2) Gomes, Raízes, 24 f. Hier findet sich auch das Zitat von Coelho Rodrigues, Projeto de código civil, 37: "Wenn ich mich nicht sehr täusche, würden mit Inkrafttreten des Gesetzes wenigstens 90 % der verheirateten Frauen unserer Gesellschaft die Scheidung einreichen können, was der Auflösung der Gesellschaft selbst gleichkäme." Diese bewußt überspitzte Bemerkung läßt aber darauf schließen, daß die Ablehnung der Scheidung in der Bevölkerung damals schon fraglich war; vgl. auch Franca, 343 f.

3) Gomes, Dir. fam., 190; Moser, RabelsZ 29 (1965) 357.

4) Vgl. oben S. 7 ff. Die Meinungen zum Hintergrund des Scheidungsverbotes sind bisweilen mit recht leidenschaftlichen Stellungnahmen zur Scheidungsfrage vermischt und daher nur mit Einschränkungen verwertbar.

5) Bezeichnung nichtkatholischer Gotteshäuser.

Damit schien sich de iure die Festschreibung des Zustandes vollzogen zu haben, der schon vor diesem Datum zu verzeichnen war, nämlich die jahrhundertelange Mitbestimmung der Kirche in der Kolonisation und Administration der portugiesischen Überseebesitzungen und eine damit einhergehende Prägung des Volkscharakters[1].

Mit der Absetzung und Exilierung des letzten Kaisers von Brasilien, Dom Pedro II., und der Ausrufung der Republik am 15.11.1889 setzte sich der liberal-republikanische Block durch.

Per Dekret Nr. 119 A vom 7.1.1890 proklamierte die junge Republik die absolute Trennung von Kirche und Staat. Das erwähnte Dekret Nr. 181 vom 24.1.1890, das zwar von Scheidung spricht aber Trennung meint[2], ist demnach Produkt einer republikanischen Gesetzgebung.

a) Quand l'Église sera séparée de l'État vous aurez le droit de rétablir le divorce: pas avant[3]

Als Zeichen der Abkehr von der Staatskirche hätte die Änderung des bis dahin vom katholischen Kirchenrecht ausschließlich bestimmten brasilianischen Eherechts zugunsten der Scheidung nicht überrascht.

In Frankreichs Geschichte beispielsweise durchläuft die Scheidungsfrage wie ein roter Faden die revolutionären und monarchistischen Perioden und ist jeweils aus dem Verhältnis des Staates zur Kirche beantwortet worden.

---

1) de Azevedo, 5 f.; Pe Maria, 134 f.; Trigueiros, Rev. Trib. 389, 20 f.

2) Vgl. oben S. 6 f.

3) Bemerkung des berühmten Dominikanerpredigers Père Didon, der in Frankreich 1879/80 in Wort und Schrift gegen die Scheidung in der III. Republik kämpfte.

Die französische Revolution von 1789 eröffnete den Weg zu einer Ehegesetzgebung, die ihre wichtigsten Neuerungen auf vorrevolutionäre Entwicklungen sowohl im staatsphilosophischen als auch im kirchlich-dogmatischen Bereich zurückführen konnte. Zum einen waren es die von der Aufklärung geforderte Trennung von Kirche und Staat und die damit verbundene Forderung nach einer Emanzipation vom Staate[1], aufgrund derer der Kirche die Kompetenz zur Regelung der Eheschließung abgesprochen wurde, zum anderen war es die gallikanische Kirche selbst, die den Konsens der Nupturienten in den Vordergrund schob und nicht sie, sondern den Priester zum Spender des Sakraments erklärte. Daran schloß sich die weitere Konsequenz an, den Konsens als bürgerlich-rechtlichen Vertrag zu werten. Die Verfassung vom 3./14. September 1791 (Titel II, Art. 7) enthielt demzufolge auch den erstmals auf konstitutioneller Ebene proklamierten Satz: "La loi ne considère le mariage que comme contrat civil." Dem folgte 1792, vergleichsweise bald, die Einführung der obligatorischen, scheidbaren Zivilehe[2]. Sie wurde durch den code civil unter Napoleon I. in diesem Sinne fortgeschrieben. Die Restauration schaffte die Scheidung wieder ab, wobei sich in diesem Schritt nicht nur die erneute Hinwendung des Staates zur Kirche bzw. zur katholischen Auffassung vom unlösbaren Band der Ehe manifestierte, sondern zugleich die Ablehnung demokratischen Gedankenguts[3], auf das allein man fälschlicherweise die Scheidung zurückführte[4]. Erst 1884 kehrte die Scheidung mit der Änderung der politischen Verhältnisse endgültig zurück[5].

Unter brasilianischen Juristen hatte die Scheidung schon früh Fürsprecher. Sie waren hauptsächlich dem französischen

---

1) Friedberg, 2; García Cantero, 57.

2) Vgl. dazu auch Aubry-Rau-Esmein, 6; Motsch, 25; Savatier, 44.

3) Müller-Freienfels, 125; Bonnecasse, 268 ff.

4) Vgl. oben N 1.

5) Gesetz vom 27.7.1884; Aubry-Rau-Esmein, 8, 206.

Kulturkreis zugewandt. Die Diskussion um die Einführung der Scheidung verlief in Brasilien parallel zu der Auseinandersetzung in Frankreich, die nach dem Ende des Second Empire Napoleons III., in republikanischer Zeit also, immerhin mehr als ein Jahrzehnt noch andauerte. Auch in Brasilien fanden sich Republikaner, die ohne Seitenblick auf die Auffassung der Kirche die Unauflösbarkeit des ehelichen Bandes beibehalten wollten. Vom positivistischen Denken beeinflußt und selbst akatholisch in ihren politischen Grundüberzeugungen, wirkten sie[1], von anderen Voraussetzungen als die Kirche ausgehend, auf dasselbe Ziel - Beibehaltung des Scheidungsverbotes - hin. Dieses Ziel wurde erreicht und fand im erwähnten brasilianischen Dekret Nr. 181 vom 24.1.1890 seinen Niederschlag.

Die Kirche, seit dem Sturz der brasilianischen Monarchie nun nicht mehr Staatskirche, ging bemerkenswerterweise aus der Trennung von Kirche und Staat gestärkt hervor. Nicht das Kaiserreich, sondern die Republik hatte ihr die Autonomie wiedergegeben und die Entfaltung gesellschaftspolitischen Einflusses ermöglicht. Dieses überraschende Ergebnis läßt sich nur aus den besonderen geschichtlichen Gegebenheiten während der Monarchie erklären.

Das Verhältnis des Staates zum Heiligen Stuhl war durch das sogenannte "padroado" bestimmt, das der portugiesischen Krone lange zuvor schon gewährte Recht der Investitur für die höchsten kirchlichen Ämter[2]. Dafür oblag der Krone die Pflicht zur Besoldung des Klerus. Das Investiturrecht führte zu Konflikten zwischen Monarch und Vatikan. Auch aus der Besoldungshoheit leitete jener den Status der Priester als staatliche Angestellte ab[3]. Selbst die innerkirchlichen Pon-

---

1) Befürworter und Gegner der Scheidung finden sich namentlich aufgeführt bei Bevilaqua, Cód. civ. com., 267; Projeto, 3 ff.; Bonnecasse, 269, berichtet von der Ablehnung der Scheidung seitens der Positivisten in Frankreich, namentlich seitens Auguste Comte.

2) Pe Maria, 138; Vianna, 518, der allerdings inkorrekt von dem von Portugal ererbten Recht schreibt.

3) Pe Maria, 144; de Sousa Montenegro, 126 f.; Vianna, 518.

tifikaldekrete hatten in Brasilien nur mit kaiserlichem placet Wirkung. Im Jahre 1855 wurden durch direkten Eingriff des Staates in kircheninterne Belange die Noviziate geschlossen[1]. 1863 wurden die Kirchenseminare vom Staat reglementiert[2], 1873 zwei Bischöfe gar wegen Mißachtung staatlicher Anordnungen, die kirchlichen Regeln widersprachen, angeklagt und verurteilt[3]. Die Kirche vermied angesichts dieser Konflikte die Schaffung neuer Diözesen und Pfarreien, um die Einflußnahme des Staates, der sein Primat überall durchzusetzen versuchte[4], bei der Besetzung der geistlichen Ämter zu verhindern[5].

Der Katholizismus als Staatsreligion hatte der Kirche die vorweggenommenen Niederlagen des Kulturkampfes, der sich später in Frankreich und im Deutschen Reich abspielte[6], beschert. Mit der Trennung vom republikanischen Staat erhielt die Kirche die verlorengegangene Selbständigkeit wieder. Sie konnte ihre Struktur reorganisieren und die Orden wiederbeleben, die nach Schließung der Noviziate inzwischen fast verschwunden waren[7].

Der gemeinsame Hirtenbrief aller brasilianischen Bischöfe vom 19.3.1890 drückt die Erleichterung der Kirche über die Entlassung in die Autonomie aus. Unter anderem wird die Garantie der sozialen Betätigung der Kirche begrüßt. Das darf man als Freibrief für eine weit verstandene seelsorgerische

---

1) de Azevedo, 25; de Sousa Montenegro, 49.

2) Pe Maria, 143.

3) Das war der Gipfelpunkt einer fundamentalen Auseinandersetzung, die als "questão religiosa" in die Geschichte eingegangen ist. Vgl. Rupp, 163; Schooyans, 5; de Sousa Montenegro, 79 ff.

4) Lima, 118.

5) de Azevedo, 20.

6) Zu den Auswirkungen des Kulturkampfes auf die katholische Kirche in Deutschland siehe Sohms, 5 ff.

7) de Azevedo, 25; de Sousa Montenegro, 136.

Verantwortung werten, die in die gesellschaftliche und politische Sphäre hineinreichen sollte. Demnach war die Trennung von Kirche und Staat eine objektive und subjektiv empfundene Wende in einem der Kirche abträglichen Säkularisationsprozeß, in dem der Antiklerikalismus gerade wegen der Verankerung des Katholizismus als Staatsreligion über den weltlichen Machtapparat Einfluß ausüben konnte.

Der jungen liberal-republikanischen Demokratie des ausgehenden 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts, die den Polikonfessionalismus respektierte, fehlten Grund und Motivation, die Abkehr vom einstmals bestimmenden kirchlichen Recht zu radikalisieren und beispielsweise das Eherecht durch die Einführung der Scheidung umzugestalten[1]. So ergab es sich, daß das Dekret Nr. 181 vom 24.1.1890 das Scheidungsverbot übernahm, dagegen gleichzeitig die kirchliche durch die zivile Trauung als ehelichem Begründungsakt ersetzt wurde.

In den ersten zwei Dekaden des 20. Jahrhunderts kann man den gesellschaftspolitischen Beitrag des Katholizismus in Brasilien weiterverfolgen. Nicht die Kirche Brasiliens, sondern besonders die in aktiven Zentren zusammengefaßten Katholiken führten den politischen Kampf um die Erhaltung und bessere Absicherung des Scheidungsverbotes fort. Sie wirkten in der "Katholischen Wählerliga" (Liga Eleitoral Católica), auf rein intellektueller Ebene im Centro Dom Vital, im Instituto Católico de Estudos Superiores sowie in der Katholischen Studentenaktion A.U.C.. Die dabei propagierte Staatsphilosophie sah eine erneute Konvergenz von Kirche und Staat vor, die jedoch nicht, wie in der früheren Geschichte, zu einer die Kirche lähmenden staatskirchlichen Verknüpfung führen sollte, sondern zu einer ethischen Durchdringung des Staatswesens mit katholischen Wertvorstellungen. Ein aus Familie, Staat und Kirche "ethisch-korporativ" zusammengefaßtes Gemeinwesen sollte die Volkserziehung realisieren, deren unverzichtbarer Bestandteil die Unauflösbarkeit der Ehe und Familie war, da Ehe und Familie als Kerne der ge-

---

1) Vgl. auch de Sousa Montenegro, 144.

sellschaftlichen Struktur betrachtet wurden. Eine Absicherung des so verstandenen Gefüges, das den Dualismus von Staat und Gesellschaft dank eines durch die Kirche inspirierten Grundkonsenses nicht mehr kennen sollte, wurde unter anderem in der staatlichen Anerkennung kirchlicher Trauungen gesehen. Man trachtete damit der Familie mit Zustimmung des Staates jene sakramentale Grundlage wiederzugeben, ohne die man die Auflösung der Familie als unvermeidbar einschätzte. Dem Staat sollte die Garantie und der Schutz der Familie obliegen, unter Beibehaltung des Scheidungsverbotes und all dessen, was der moralischen und ökonomischen Integrität der Familie diene[1]. Aus diesem Grunde sollte sich der Katholizismus am politischen Leben beteiligen, um unter anderem zu verhindern, daß die Zivilgesetze gegen die Prinzipien der moralischen Gesetze geschaffen würden[2]. Die beste Sicherheit gegen eine unerwünschte Entwicklung im Eherecht bot dabei die Verankerung des Prinzips der Unauflösbarkeit der Ehe in der Verfassung. Wie schon erwähnt[3], findet man erst im Jahre 1934 die ausdrückliche Positivierung des Scheidungsverbotes mit Verfassungsrang.

Die "Katholische Wählerliga" konnte mit der Fertigstellung der Verfassung vom 16.7.1934 feststellen, daß alle ihre Forderungen Gehör gefunden hatten[4].

b) Die Entwicklung seit 1934

Von 1934 bis heute hat es zahlreiche Versuche gegeben, die

---

1) Lima, 93 ff.

2) de Castro Nery, 104 ff. (115 f.); Lima, 97.

3) Vgl. oben S. 6.

4) Eine übersichtliche Darstellung der Verfassungsaussagen von 1891, 1926 und 1934 zu Ehe und Familie einerseits und der entsprechenden Programmpunkte der Liga andererseits, findet sich bei Lima, dem exponiertesten Vertreter dieser Bewegung, vgl. seine Indicações Políticas, 133 f.: "Programmpunkt II 2, die Familie betreffend", fordert die "Verteidigung der Unauflösbarkeit des ehelichen Bandes". - Art. 144 der Verfassung von 1934 lautet: "Die Familie, begründet durch die unauflösbare Ehe, steht unter dem besonderen Schutz des Staates."

Scheidung in der einen oder anderen Form einzuführen, doch sind sie bis zum Jahre 1977 ohne Widerhall in der Legislative geblieben[1]. Auch die historischen Einschnitte, gekennzeichnet durch die Schaffung jeweils neuer Verfassungen, haben keine Einbruchstellen für die Einführung der Scheidung geboten[2].

In der jüngsten Zeit haben sich die Mehrheitsverhältnisse zugunsten der Scheidung zusehends verschoben. Die vorletzte Initiative zur Änderung des Verfassungsartikels 175 hatte in der Abstimmung vom 8.5.1975 die absolute Mehrheit im Kongreß erzielt und die zu einer Verfassungsänderung notwendige Zweidrittel-Mehrheit des Nationalen Kongresses[3], also von Abgeordnetenkammer und Senat zusammen, knapp verfehlt. Dabei gaben die beiden einzigen im Kongreß vertretenen Parteien ARENA und MDB übereinstimmend zu verstehen, daß sie in dieser Frage keinen Fraktionszwang ausüben würden. Die befürwortende Haltung der Wählerschaft war ohnehin seit langer Zeit unumstritten.

Durch die von Präsident Geisel in anderem Zusammenhang wahrgenommene Möglichkeit, aufgrund des "Institutionellen Aktes Nr. 5", mit dem Verfassungsvorschriften außer Kraft gesetzt werden können, das Quorum für konstitutionelle Änderungen auf 50 % zu senken, ist es erst gelungen, die Scheidung durch Änderung des bisherigen Art. 175 einzuführen. Es bleibt offen, ob eine Zweidrittel-Mehrheit unter anderen Umständen hätte erreicht werden können, ebenso wie fraglich ist, ob die Reform unter Berücksichtigung der politischen und ver-

---

1) Eine Übersicht über die Debatten und das hohe Niveau der Auseinandersetzung zwischen den Befürwortern des Scheidungsverbotes ("antidivorcistas") und dessen Gegnern ("divorcistas") bis 1960 liefert Câmara, A batalha do divórcio.

2) Carneiro, 19, zufolge, soll bei den politischen Vorbereitungen für die Verfassungsänderung von 1969 ein Besuch der brasilianischen Kardinäle beim damaligen Präsidenten der Republik, Costa e Silva, den Konsens für die Schaffung des Art. 175 § 1 herbeigeführt haben.

3) Art. 48 der Bundesverfassung von 1969.

fassungsrechtlichen Ausnahmesituation, unter der sie vonstatten gegangen ist, Bestand haben wird.

II. Scheidungsverbot und Ökonomie

Überraschend ist, daß der Ursprung des Scheidungsverbotes in der Literatur lediglich von der Warte konfessionell-dogmatischer oder weltlich-ideologischer Konzeption aus untersucht wurde. Beide Ansätze nehmen nicht Bezug auf die ökonomischen Aspekte der brasilianischen Wirklichkeit, obgleich die wirtschaftliche Situation eines Volkes und der einzelnen Haushalte die Grenzen absteckt, innerhalb derer sich eine Eherechtsreform, welche die Scheidung einführt, abspielen muß[1].

Als allgemein gesicherte Erkenntnis darf man die Beziehung zwischen den wirtschaftlichen Folgen der Unterhaltsregelungen in der Folge einer Ehescheidung und der Scheidungshäufigkeit bewerten. Dabei steht fest, daß zu erwartende erhebliche Belastungen mit Unterhaltspflichten, die Bereitschaft der potentiell Unterhaltspflichtigen, die Scheidung zu verfolgen, mindern kann. Dementsprechend kann man sagen, daß eine theoretische Scheidungsmöglichkeit über das Regulativ der Scheidungsfolgen, insbesondere der Scheidungsgebühren und der Unterhaltsverpflichtungen, in der Praxis wesentlich beeinflußt werden kann.

Die in der europäischen Rechtswissenschaft geführte Diskussion um die dogmatische und sittliche Rechtfertigung solcher "wirtschaftlichen Steuerungsmaßnahmen" ist vor dem Hintergrund bereits bestehender Scheidungsgesetze zu sehen[2].

---

1) Vgl. auch de Assis Ribeiro, 48 ff.; Müller-Freienfels, 170.

2) Vgl. die amerikanischen, französischen und österreichischen Quellen bei Müller-Freienfels, 170 ff. Dort geht es um die Auseinandersetzung mit Gestaltungsmöglichkeiten für ehe- und familienrechtliche Unterhaltsregelungen, die als Folge der Scheidung - die selbst nicht in Frage gestellt wird - untersucht werden, z.B. Johnstone ebenda: "...making divorce financially more available..." oder Gschnitzer ebenda: "Je belastender die Unterhaltsvorschriften für den Mann, der ja vorwiegend Scheidung begehrt, desto seltener die Scheidung."

In Brasilien dagegen stellt sich die Frage der ökonomischen Konsequenzen der Scheidung schon im Vorstadium, nämlich bei der Beantwortung der Frage, ob die Scheidung in Brasilien überhaupt für die Bevölkerungsmehrheit praktisch relevant ist. Dieser Gesichtspunkt dürfte bei der Ablehnung der Scheidung in Brasilien auch eine Rolle gespielt haben, was in der bereits angeführten Bemerkung von Coelho Rodrigues[1], einem der Autoren des código civil, anklingt. Die von ihm vorausgesagte "Auflösung der Gesellschaft" als Konsequenz der Scheidung, kann nur in Bezug auf brasilianische Verhältnisse verstanden werden, denn die Kenntnis des brasilianischen Juristen von der gesellschaftlichen Situation in den "scheidungsfreundlichen" Staaten wie Frankreich oder Deutschland war stets zu gut[2], um nicht erkennen zu können, daß man eine derartige Prophezeiung auf die Erfahrungen in diesen Ländern schwerlich stützen dürfe.

Deshalb ist zu vermuten, daß nur die ökonomische "Auflösung" der brasilianischen Gesellschaft befürchtet worden sein kann, denn die kulturellen und moralischen Wertvorstellungen des brasilianischen Bürgertums wurden von diesem stets als Bestandteil des christlich-abendländischen Kulturkreises empfunden. Davon ausgehend konnte also niemand eine sittliche Korruption des Gemeinwesens ernstlich befürchten, denn diese war in Deutschland und Frankreich trotz der dortigen Scheidungsgesetzgebung ersichtlich ausgeblieben.

Weil die ökonomische Situation einer Gesellschaft zu derjenigen der Familie in einer direkten Beziehung steht, stellt sich auch heute noch die Frage, ob die Scheidung in Brasilien für jedermann ein Recht ist, das real und effektiv wahrgenommen werden kann. Die Scheidung einer Ehe kann zur Folge haben, daß zwei oder gar mehrere Familien Anspruch auf

---

1) Vgl. oben S. 11 N2.

2) Meira, 330 ff.; Dischinger de Barros Ferlini, 486, mit dem Zitat von Carvalho de Mendonça: "Zu unserer Aufklärung bedienen wir uns der angesehensten Wegweiser der französischen, italienischen und deutschen Schulen."

Unterhalt gegen den Ernährer erheben. Da dessen Leistungskraft von der gesamtwirtschaftlichen nicht zu trennen ist, kann man aus dem Pro-Kopf-Einkommen ersehen, daß der Durchschnittsverdienst zum einen nicht ausreicht, um mehr als eine Familie zu ernähren und daß es zum anderen bei einer finanziellen Überbelastung der Haushaltsvorstände zu nachteiligen gesamtwirtschaftlichen Folgen kommen kann[1].

Bei einer geschätzten Bevölkerung von 101.432.600 Personen wurde ein Pro-Kopf-Jahreseinkommen von Cr$ 3.771,72 für 1973 errechnet[2]. Der Betrag entspricht etwa DM 750,--[3]. Dabei ist zu berücksichtigen, daß diese Zahlen durch die hohen Geldentwertungs- und Inflationsraten[4] nur relative Aussagekraft haben und schnell überholt sein können. Angesichts dieser Einkommenslage ist zu erkennen, daß die Scheidung nur für eine Minderheit praktische Bedeutung besitzt[5]. Daraus hat man jedenfalls in der Auseinandersetzung um die Einführung der Scheidung keine Schlußfolgerungen gezogen. Auf diesen Umstand hingewiesen, antwortete der "Vorkämpfer der Ehescheidung"[6], Senator Carneiro, daß sich die informelle Gründung weiterer Familien auch unter der Geltung der

---

1) Vgl. de Assis Ribeiro, 53 ff., 67 f.

2) Es handelt sich um die 1976 nach Auskunft der Fundação Gétulio Vargas (Rio de Janeiro) und des I.B.G.E. vorliegenden neusten Daten mit Stand vom Juli 1973.

3) Stand: Ende 1976. Vgl. dagegen Beyhaut, 320: "Brasilien, Mexico, in geringerem Maße auch Kolumbien, weisen mit einem Pro-Kopf-Einkommen von 250 bis 300 Dollar für 1955-1959 höhere wirtschaftliche und folglich auch größere Einkommenswachstumsraten auf. Aber in diesen Fällen ist es, genau wie bei Venezuela, unmöglich, Schlußfolgerungen aus Durchschnittszahlen zu ziehen, die für das ganze Land gelten, weil die Lage in den einzelnen Landesteilen zu unterschiedlich ist." Vgl. dazu die Minimalgehälter und den Lebenshaltungskostenindex unten auf S. 125 ff.

4) 1976 wurde vom Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Gétulio Vargas eine Inflationsrate von 46 % errechnet, Jornal do Brasil v. 14.10.1976, 24.

5) Vgl. auch die weiteren Daten im Zusammenhang mit der Besprechung des Konkubinates in Brasilien, unten Kap. 3, S. 125 ff. (127 ff.).

6) Neue Zürcher Zeitung, Artikel v. 27.3.1975.

Trennung nicht habe verhindern lassen. Derlei ökonomische Gesichtspunkte hätten deswegen keine Berücksichtigung in der Legislative erfahren[1].

III. Ergebnis

Das Scheidungsverbot ist in den jeweiligen Legislativen des seit 1889 säkularisierten Staates von zwei Fraktionen verteidigt worden, von denen die eine katholisch konfessionell beeinflußt und die andere aus weltlich-ideologischen beziehungsweise sozialpsychologischen Gründen gegen die scheidungsfreundliche Gruppe Front machten. Das Scheidungsverbot ist also nicht allein auf die ablehnende Haltung der katholischen Kirche zurückzuführen, sondern auch auf positivistische Tendenzen in der frühen Periode der Republik. Die Trennung von Kirche und Staat hat dem Katholizismus mehr gesellschaftliche und politische Einflußnahme ermöglicht, als es während des "Kulturkampfes" von Staat und Staatskirche denkbar gewesen wäre.

Die nachhaltige Verbesserung der scheidungsfeindlichen Position wurde im Jahre 1934 durch die Aufnahme des Scheidungsverbotes in die Verfassung erzielt. Bei der verfassungsrechtlichen Absicherung blieb es in der Folgezeit. Die Einführung der Scheidung im Jahre 1977 ist dennoch über die Verfassung - wenn auch während einer konstitutionellen Ausnahmesituation - ohne die qualifizierte Mehrheit der Mitglieder des Nationalen Kongresses in Kraft getreten.

---

1) Unterredung des Verfassers mit Senator Carneiro vom 5.10.1976.

Kapitel 2

A. Trennung und Auflösung der Ehe

I. Trennung (desquite)

Die Aufhebung der wirksam begründeten ehelichen Gemeinschaft ohne Auflösung des ehelichen Bandes kann gem. Art. 315 III c.c. durch einverständliche oder strittige Trennung[1] erreicht werden[2].

1) Die einverständliche Trennung (desquite amigável)

Die Zahl einverständlicher Trennungen ist bedeutend größer als die der strittigen. Nach den neusten Angaben des Serviço de Estatística Demográfica, Moral e Política sind für die Jahre 1971-1973 auf nationaler Ebene folgende statisti-

---

1) Die hier verwendete Übersetzung bei Bergmann, 28, ist wortgetreu. Sie kann der Ungenauigkeit der Vorlage daher nicht abhelfen, die von "desquite amigável ou judicial" spricht, obwohl beide Trennungsarten von der gerichtlichen Mitwirkung abhängen. Zum besseren Verständnis wird deshalb der Begriff der strittigen Trennung als Kontrast zur einverständlichen Trennung gewählt. Im Schrifttum hat sich das Begriffspaar "desquite amigável - desquite litigioso" herausgebildet, das Mißverständnissen vorbeugt, vgl. Bueno, 40 f.; Muller Leite, 250; Rodrigues, 203. Auch die Rechtsprechung verwendet sie, vgl. z.B. TJSP Urt. v. 5.6.1970, Rev. Trib. 422, 145 oder TJMG Urt. v. 17.5.1952, Rev. Forense 155, 275. In der letztgenannten Entscheidung wird die Bezeichnung "desquite contencioso" gewählt, die mit dem Begriff "desquite litigioso" sinnverwandt ist. Im código de processo civil heißt es in Art. 1.120 ff.: "desquite por mútuo consentimento", stellvertretend für "desquite amigável", ist aber außerhalb des Zivilprozeßrechts nicht gebräuchlich.

2) Zu den den Einzelheiten der einverständlichen Trennung siehe die folgenden Seiten. Zu den Einzelheiten der strittigen Tennung siehe unten S. 36 ff.

sche Daten zugrundezulegen[1]:

Jahr:	Summe aller abgeschlossenen Verfahren:	Einverständliche Verfahren:	%
1971	11.107	8.659	77,96
1972	11.843	9.189	77,59
1973	13.689	10.629	77,65

Auf einzelstaatlicher Ebene ist zu bemerken, daß die einverständlichen Trennungsverfahren auch hier bis auf drei Bundeseinheiten (Rondônia, Paraíba und Alagoas) überwiegen:

Bundeseinheiten:	Summe aller abgeschlossenen Verfahren, 1971-1973:	Einverständliche Verfahren:
Rondônia	20	8
Acre	22	21
Amazonas	63	60
Roraima	32	25
Parâ	138	126
Amapá	20	15
Maranhão	123	98
Piauí	79	40
Ceará	360	314
Rio Grande do Norte	109	68
Paraíba	285	139
Pernambuco	658	386
Alagoas	297	128
Sergipe	231	122
Bahia	770	604
Minas Gerais	2.108	1.535
Espírito Santo	328	244
Rio de Janeiro	2.088	1.513
Guanabara	9.645	8.132
São Paulo	10.909	8.522
Paraná	1.882	1.477
Santa Catarina	1.103	825
Rio Grande do Sul	3.716	2.909
Mato Grosso	278	221
Goiás	1.196	786
Distrito Federal	179	159
Brasilien	36.639	28.477

1) I.B.G.E., Anuário Estatístico do Brasil 1973-1975.

Die gesetzlichen Voraussetzungen der einverständlichen Trennung sind infolge ihrer Verteilung auf das materielle Eherecht sowie auf das Zivilprozeßrecht nicht leicht zu erfassen. Daher ist ein Überblick eingangs erforderlich[1].

Nach Art. 318 c.c. müssen die Ehegatten länger als zwei Jahre verheiratet sein. Sie müssen ein gegenseitiges Einvernehmen erzielen. Gem. Art. 1.120 c.p.c. ist die Vereinbarung von beiden Parteien zu unterzeichnen. Bei Schreibunkenntnis oder Unfähigkeit ist Stellvertretung bei der Unterschriftsleistung zulässig. Notarielle Beglaubigung ist erforderlich, wenn die Unterschriften nicht bei Gericht geleistet werden. Die Urkunde ist zusammen mit der Heiratsurkunde und dem gegebenenfalls vorhandenen vorehelichen Güterrechtsvertrag an das Gericht zu richten und muß eine Aufstellung der Vermögensgüter des Ehepaares nebst entsprechender Teilungsvereinbarung enthalten, Art. 1.121 I c.p.c., die Personensorge für die minderjährigen Kinder und den Unterhaltsbeitrag für sie regeln, Art. 1.121 II, III c.p.c., ferner die Unterhaltsleistungen des Mannes an die Frau für den Fall, daß sie sich selbst nicht unterhalten kann, Art. 1.121 IV c.p.c.

Art. 1.121, einziger Paragraph, c.p.c., erlaubt die gerichtliche Bestätigung der Trennung auch ohne Erfüllung der Voraussetzung des Art. 1.121 I c.p.c. dann, wenn die Ehegatten zu keiner Teilungsvereinbarung gelangt sind. Die Teilung erfolgt dann gem. Art. 982 ff. c.p.c. durch Urteil.

Die gerichtliche Bestätigung (homologação) wird erteilt, wenn feststeht, daß die Formerfordernisse des Gesetzes erfüllt wurden. Die Funktion des Gerichtes ist hierbei nicht darin zu sehen, streitige Sachverhalte zu lösen und zu entscheiden, sondern ist als eine im untechnischen Sinne verwaltende zu verstehen, vergleichbar etwa mit der deutschen freiwilligen Gerichtsbarkeit, die sowohl gerichtliche als

---

1) Bei Bergmann, 28 f., finden sich nur materielle Eherechtsnormen.

auch behördliche Aufgaben erfüllt[1].

Wenn Vermögenswerte vorhanden sind, so ist zu deren Schätzung die Steuerbehörde heranzuziehen. Damit wird nicht nur die Teilung vereinfacht, sondern auch das Interesse des Staates an der Veranlagung wegen des Erwerbs unter Lebenden gesichert[2]. Bei Unteilbarkeit der Sachen, etwa im Falle eines Hausgrundstückes, ist die Begründung von Miteigentum zulässig[3]. Damit läßt man gemeinsame wirtschaftliche Interessen der Ehegatten fortbestehen[4], deren Güterstand, welcher er auch sein mag[5], mit dem Trennungsurteil erlischt, als ob die Ehe aufgelöst würde, Art. 322 i. V. m. 267 c.c. Die genaue Beschreibung der Güter ist zwingend; wertmäßige Angaben oder Erklärungen, die genauere Bestimmung der Güter nach wirksamer Trennung vorzunehmen, reichen nicht aus. Das gilt nicht für Gegenstände des persönlichen Gebrauchs[6]. Die der Selbstbestimmung der Ehegatten überlassene inhaltliche Gestaltung der Teilungsvereinbarung findet freilich ihre Grenzen dort, wo zwingendes Recht bestimmten Güterverschiebungen, etwa zum Schutze des Schenkers, der nach Art. 1.175 c.c. nicht sein gesamtes Vermögen auf einen anderen übertragen darf, entgegensteht[7].

---

1) Die Teilungsvereinbarung kann aber auch durch Urteil erfolgen, wenn die Parteien sich nicht einigen konnten, vgl. dazu auch oben S. 25.

2) TJP Urt. v. 11.6.1962, Rev. Trib. 325, 567; Urt. v. 13.10.1958, Rev. Trib. 281, 716; TJSP Urt. v. 13.9.1962; Urt. v. 30.8.1962; Urt. v. 17.8.1961; Urt. v. 17.5.1955; Urt. v. 8.5.1953, allesamt zitiert bei Franceschini-de Salles Oliveira II, 890 ff.

3) TJDF Urt. v. 20.10.1959, D.J., Januar 1960, 175 Nr. 17.

4) Vgl. Art. 629 c.c.

5) Der código civil kennt vier Güterstandstypen: Die Gütergemeinschaft, Art. 262-268, gleichzeitig gesetzlicher Güterstand; die partielle Gütergemeinschaft, Art. 269-275; die Gütertrennung, Art. 276 f.; die Mitgift- oder Dotalgemeinschaft, Art. 278-311. Einzelheiten bei Conner, Am.J.Comp.L. 23 (1975) 705 ff.; Bergmann, 28.

6) TJSP Urt. v. 8.1.1957, Rev. Trib. 263, 251 f.; Prunes, Prática, 92.

7) TJMT Urt. v. 13.10.1970, Rev. Trib. 432, 183 f.; TJGB Urt. v. 28.12. 1970, Rev. Trib. 437, 203 f.; Urt. v. 19.5.1971, Rev. Trib. 437, 215 f.

Auch die Sorge für die minderjährigen Kinder kann beliebig geregelt werden und sogar auf Dritte, Verwandte oder Nichtverwandte, übertragen werden. Das Gericht kann im Interesse der Kinder allerdings jederzeit eine andere Lösung verlangen und durchsetzen[1].

Außer der Personensorge ist auch der Unterhalt für die Kinder zu regeln. Einer betragsmäßigen Festsetzung bedarf es dann nicht, wenn die Kinder beim Vater bleiben. Es wird dann unterstellt, daß er seinen Unterhaltspflichten auch nach der Trennung weiterhin nachkommt[2]. Keinesfalls aber werden Klauseln zugelassen, in denen ein Elternteil zum Nachteil der Kinder auf Unterhalt verzichtet. Sie gelten als nichtig und nicht geschrieben, wodurch die Wirksamkeit der übrigen Trennungsvereinbarungen unberührt bleibt[3].

Das Problem des Unterhaltsverzichtes der Frau

Bei der einverständlichen Trennung bleibt die Regelung des Unterhaltes für die Frau auch den Parteien überlassen, ohne daß es grundsätzlich auf die Vermögensverhältnisse ankäme.

Sehr umstritten ist jedoch, ob eine Trennungsvereinbarung ohne Festsetzung der Unterhaltsleistungen für die Ehefrau wirksam ist. Dieses Problem ist näher zu beleuchten, da es im Sozialrecht wieder auftaucht, wenn der Ehemann nach der Trennung eine weitere Frau versorgt[4].

---

1) TJSP Urt. v. 4.9.1969, Rev. Trib. 420, 139 f.; TJDF Urt. v. 14.7. 1956, D.J. v. 22.8.1957, 2.147 Nr. 192; Pontes de Miranda IX, 227.

2) de Barros Monteiro, 196; Prunes, Prática, 77 ff.

3) TJ de Alagoas Urt. v. 13.5.1955, Rev. Forense 162, 267; TJ da Bahia Urt. v. 22.12.1952, teilabgedruckt bei Franceschini-de Salles Oliveira II, 951 ff. Dagegen wurde die vorübergehende Befreiung des Vaters von seinen Pflichten anerkannt, weil die finanzielle Leistungsfähigkeit der Mutter feststand; TASP Urt. v. 24.4.1936, Rev. Trib. 104, 628 f.

4) Vgl. unten Kapitel 3, S. 174 ff.

Die Rechtsprechung ist in der Frage des Unterhaltsverzichtes ebenso verworren wie unübersichtlich und kennzeichnet den Mangel an Homogenität innerhalb der brasilianischen Judikatur mit Deutlichkeit. In zahlreichen Entscheidungen der unteren Instanzen wurde die Rechtsgültigkeit solcher Trennungsvereinbarungen bejaht[1]. Die höchstrichterliche Rechtsprechung des Supremo Tribunal Federal nahm ehemals denselben Standpunkt ein[2], gestützt von maßgeblichen Stimmen in der Literatur[3].

Die Wirksamkeit einer Trennungsvereinbarung ohne Unterhaltsregelung kann im Hinblick darauf, daß die Frau als mündige Person auch zum eigenen wirtschaftlichen Nachteil

---

1) TJ de Ceará Urt. v. 15.2.1954, Jurisprudência e Doutrina 14, 200 f.; TJP Urt. v. 9.6.1959, Rev. Trib. 289, 779 - vgl. aber dass. Gericht mit Urteil gleichen Datums, Rev. Trib. 289, 779 f., worin die nachträglich erhobene Forderung der Ehefrau trotz vorherigen Verzichts anerkannt wurde - ; Urt. v. 7.12.1957, Rev. Trib. 293, 635; Urt. v. 5.4.1960, Rev. Trib. 297, 734: hier wurde darauf abgestellt, ob die Verzichtende ausreichende eigene Mittel besaß, ohne die Verzichtsmöglichkeit abstrakt zu bejahen; TAMG Urt. v. 3.11.1942, Rev. Forense 93, 536 = Rev. Trib. 146, 782 f.; TJMG Urt. v. 22.6.1953, Rev. Forense 170, 297; TJMG Urt. v. 19.3.1959, Rev. Trib. 301, 644 ff. = Rev. Forense 189, 214; TJMT Urt. v. 24.2.1956, Rev. Trib. 272, 674 f.: hier wurde Verzicht anerkannt, weil die Frau Verantwortung für die Trennung übernommen hatte. Diese Entscheidung ist bemerkenswert, weil die einverständliche Trennung keiner Begründung bedarf. Ferner TADF Urt. v. 3.6.1941, Rev. Trib. 135, 208 f.; Urt. v. 26.6.1942, Rev. Forense 93, 306 f.; TJDF Urt. v. 18.10.1949, Arch. Jud. 95, 319; Urt. v. 18.7.1950, Rev. Trib. 194, 365 ff.; Urt. v. 21.1.1953, Rev. Forense 153, 277; Urt. v. 27.10.1954, Rev. Forense 163, 233 f.: das Gericht beschreibt die Konsequenzen einer fortwährenden Inanspruchnahme des Mannes durch seine "geldhungrige" Ehefrau in düsteren Farben; Urt. v. 29.1.1957, Rev. Forense 176, 186 f.; TJGB Urt. v. 5.9.1962, Rev. Trib. 332, 444 f. Diese Entscheidung zeigt, daß die Frage sogar unter den einzelnen Kammern desselben Gerichts umstritten ist. Außerdem: Urt. v. 23.10.1962, Rev. Trib. 330, 779; TJ de Ceará Urt. v. 9.8.1951, Rev. Trib. 205, 521 ff. = Rev. Forense 155, 313 ff.; TJ da Bahia Urt. v. 12.7.1955, Rev. Trib. 243, 515 ff.

2) STF Urt. v. 23.10.1952, Arch. Jud. 108, 22 ff.; Urt. v. 9.7.1953, Arch. Jud. 111, 166 ff.; Urt. v. 20.7.1954, Arch. Jud. 114, 259 ff.; Urt. v. 6.5.1955, Arch. Jud. 117, 435 ff.; Urt. v. 16.1.1958, Rev. Trib. 284, 775 ff.; Urt. v. 3.9.1959, Rev. Trib. 321, 641 ff.; Urt. v. 14.6.1961, Rev. Trib. 330, 805 f.

3) Bevilaqua, Dir. fam., 387 f.; de Barros Monteiro, 196 f.; Prunes, Prática, 85 f.; Steele, Rev. Trib. 439, 43 ff. u. Rev. Forense 237, 39 ff.; de Oliveira Cruz, Rev. Forense 237, 391 f.

verfügen können soll, bejaht werden. Außerdem beendete die Trennung die eheliche Gemeinschaft und die eheliche Beistandspflicht allgemein, so daß es dem Einzelnen überlassen bleiben soll, darüber zu entscheiden, ob er einen auf das rein Finanzielle reduzierten Beistand weiterhin beanspruchen will oder aber ob er mit der Trennung "reinen Tisch" macht und darauf verzichtet, Leistungsempfänger des anderen zu sein. In vielen Fällen wird man ohnehin einen Verzicht darauf zurückführen können, daß die Ehefrau nicht bedürftig ist[1].

Die vom Obersten Bundesgericht neuerdings eingenommene Position steht aber im Widerspruch zu früheren Urteilen[2] und setzt die bis dahin nur in den unteren Instanzen auffallende Unübersichtlichkeit fort[3].

---

1) Vgl. dazu auch Pontes de Miranda IX, 209 f.; de Barros Monteiro, Dir. fam., 197. Dennoch wird empfohlen, die Gründe des Verzichtes in der Vereinbarung festzuhalten, Prunes, Prática, 85; Rodrigues, 222.

2) Vgl. oben S. 28 N2.

3) Bestes Beispiel dafür ist die Urteilspraxis der Gerichte in São Paulo, wo nicht nur Auffassungsunterschiede zwischen Instanzen, sondern unter den einzelnen Spruchkörpern desselben Gerichts bestehen. Die folgende Übersicht ist repräsentativ für die Rechtsprechung in den übrigen Bundeseinheiten. - Für die Anerkennung des Unterhaltsverzichtes seitens der Frau: TASP Urt. v. 13.9.1945, Rev. Trib. 162, 603 ff.; 6. Câm. Civ. TJSP Urt. v. 12.12.1947, Rev. Trib. 172, 230 f.; 5. Câm. Civ. TJSP Urt. v. 24.9.1948, Rev. Trib. 177, 325 f.; 2. Grupo de Câmaras Cíveis TJSP Urt. v. 8.9.1949, Rev. Trib. 182, 691 ff.; Seção Civ. TJSP Urt. v. 25.9.1950, Rev. Trib. 189, 895 f.; 6. Câm. TJSP Urt. v. 8.6.1951, Rev. Trib. 194, 794 ff.; 3. Câm. Civ. TJSP Urt. v. 20.9.1951, Rev. Trib. 195, 226 f.; 6. Câm. Civ. TJSP Urt. v. 2.5.1952, Rev. Trib. 202, 271 f.; Urt. v. 29.4. 1955, Rev. Trib. 238, 227 f.; 3. Câm. Civ. TJSP Urt. v. 18.10.1956, Rev. Trib. 261, 182 f.; 6. Câm. Civ. TJSP Urt. v. 7.11.1958, Rev. Trib 282, 299 ff.; 3. Câm. Civ. TJSP Urt. v. 28.10.1971, Rev. Trib. 439, 130 f.; 6. Câm. Civ. TJSP Urt. v. 22.5.1970, Rev. Trib. 417, 169 f.; 3. Grupo de Câmaras Cíveis TJSP Urt. v. 2.5.1969, Rev. Trib. 406, 125 ff., das Gericht vermeint hier mit dem STF übereinzustimmen. Ihm unterläuft dabei aber ein Flüchtigkeitsfehler bei der Heranziehung des in den Gründen zitierten de Barros Monteiro, 197 u. 6. Aufl., 220; 6. Câm. Civ. TJSP Urt. v. 9.8.1968, Rev. Trib. 400, 171; 4. Câm. Civ. TJSP Urt. v. 16.6.1966, Rev. Trib. 388, 206. - Gegen die Anerkennung des Unterhaltsverzichtes: 2. Câm. Civ. TASP Urt. v. 6.2.1945, Rev. Trib. 157, 740 f.; 2. Câm. Civ. TASP Urt. v. 10.10.1944, Rev. Trib. 155, 727 f.; Urt. v. 29.4.1947, Rev. Trib. 168, 707 f.; Urt. v. 2.9.1947, Rev. Trib. 172, 608; 4. Câm. Civ. TJSP Urt. v. 5.2.1948, Rev. Trib. 173, 305; 2. Câm. Civ. TJSP Urt. v.

Angelpunkt der neuen Entwicklung ist die Súmula[1] Nr. 379 des Supremo Tribunal Federal, gemäß der bei einer Trennungsvereinbarung der Verzicht auf Unterhaltsleistungen, die später bei Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen verlangt werden können, nicht zugelassen wird[2].

Tragende Argumente dieser auch im Schrifttum unterstützten Auffassung sind die Aussagen der Art. 404 und 234 c.c.[3]. Die erstgenannte Norm statuiert die Unverzichtbarkeit des Unterhaltsanspruches, läßt aber die Nichtausübung dieses Rechtes zu. Die zweite Vorschrift kennt ein Erlöschen der Unterhaltspflicht des Ehemannes nur im Falle des Verlassens der ehelichen Wohnung durch die Frau und deren Weigerung zurückzukehren.

Art. 404 c.c. gehört zu dem Kapitel, in dem die Unterhaltspflichten "iure sanguinis", also unter Blutsverwandten, definiert werden. Die Beziehungen der Verwandtschaft erklären die Art. 330 f. c.c. Darunter fallen die Ehegatten nicht. Da-

---

9.9.1952, Rev. Trib. 206, 285; 1. Câm. Civ. TJSP Urt. v. 13.4.1971, Rev. Trib. 427, 127 f.; 1. Câm. Civ. TJSP Urt. v. 2.12.1969, Rev. Trib. 416, 144 f.; 3. Câm. Civ. TJSP Urt. v. 6.11.1969, Rev. Trib. 411, 158 ff.; 4. Câm. Civ. Urt. v. 27.10.1966, Rev. Trib. 382, 137.

1) Eine Súmula ist die Zusammenfassung gleichförmig vom STF entschiedener Fälle in Gestalt eines Leitsatzes. Damit wird das (vorläufig) letzte Wort des Obersten Bundesgerichts als Schlußpunkt seiner konsolidierten Rechtsprechung verkündet. Zur Súmula Nr. 379: STF Urt. v. 5.1.1960, Rev. Trim. Jurpr. 14, 283; Urt. v. 30.3.1964, Rev. Trim. Jurpr. 354, 559 ff.; Urt. v. 31.5.1965, Rev. Trim. Jurpr. 34, 163 f.; Urt. v. 29.4.1966, Rev. Trim. Jurpr. 38, 38 f. = Rev. Trib. 375, 357; Urt. v. 11.9.1969, Rev. Trim. Jurpr. 52, 26 ff.; Urt. v. 19.10.1971, Rev. Trim. Jurpr. 59, 242 ff.; Urt. v. 7.5.1974, Rev. Forense 256, 218. Dem STF folgten die unteren Gerichte nur zum Teil: TJES Urt. v. 5.4.1967, Rev. Trib. 389, 383 f.;skeptisch: TJGB Urt. v. 17.4.1969, Rev. Trib. 407, 380 f.; klarer: Urt. v. 9.9.1963, Rev. Trib. 383, 307 f.; Urt. v. 3.9.1963, Rev. Trib. 371, 294 f.: Das Gericht interpretierte das Tatbestandsmerkmal "renunciar" (=verzichten) im Sinne eines einfachen, vorübergehenden Ausübungsverzichtes.

2) Rev. Trim. Jurpr. 52, 26 ff. (27); Franceschini-de Salles Oliveira IV, 2464.

3) Dazu de Moura Bittencourt, Família, 109; Gomes, Dir. fam., 383; Rodrigues, 222.

her ist eine direkte Anwendung von Art. 404 c.c. unzulässig, wenn es um die Unterhaltspflicht des Mannes gegenüber der Frau geht. Die Begründung mit Hilfe des Art. 404 c.c. ist allenfalls per Analogie in Erwägung zu ziehen, wenn eine Regelungslücke im Gesetz und ein Regelungsbedürfnis festgestellt werden. Doch auch für eine entsprechende Heranziehung des Art. 404 c.c. fehlen sowohl Regelungslücke als auch Regelungsbedürfnis, weil die Unterhaltspflichten unter Eheleuten andernorts[1] eindeutig geregelt sind.

Die Begründung der Unzulässigkeit eines Unterhaltsverzichtes anhand von Art. 234 c.c. ist auch nicht überzeugend, da hiernach die Unterhaltspflicht nur erlischt, wenn die Frau die eheliche Wohnung verläßt und sich weigert zurückzukehren. Es kann nicht unterstellt werden, daß der Gesetzgeber das Erlöschen der Unterhaltspflicht nur in diesem Rahmen zulassen wollte und daß er die Möglichkeit des Unterhaltsverzichtes generell verneint. Man wird - im Gegenteil - der Frau bei gerichtlicher Beendigung der ehelichen Gemeinschaft durch desquite zugestehen müssen, über ihren Unterhaltsanspruch verfügen zu können, wenn das Gesetz allein schon bei Vorliegen der faktischen Trennung den Mann von seiner Unterhaltspflicht befreit, obwohl dabei die eheliche Gemeinschaft rechtlich keineswegs beendet ist.

Schließlich kann man der Auffassung sein, daß Art. 1.121 IV c.p.c. einen Verzicht ausschließe. Dort heißt es, daß die Trennungsvereinbarung den Unterhalt ("pensão alimentícia") für die Frau enthalten muß, wenn sie nicht ausreichendes Vermögen besitzt. Auf den ersten Blick scheint es sich um eine Norm zu handeln, welche die Unverzichtbarkeit des Unterhaltsanspruches untermauert. Das Oberste Bundesgericht hat auch diese Vorschrift zur Begründung der bereits zitierten Entscheidung vom 19.10.1971 herangezogen[2].

---

1) Art. 233 IV c.c.

2) Rev. Trim Jurpr. 59, 242 ff., vgl. oben S. 30 N 1. Damals galt Art. 642 IV c.p.c., Vorläufer der heutigen Norm. Die Begründung hat auch Vertreter der Gegenmeinung beeindruckt, so Steele, Rev. Forense 237, 42.

Die Lösung nach Maßgabe des Art. 1.121 IV c.p.c. ist aus mehreren Gründen abzulehnen. Erstens handelt es sich um eine prozeßrechtliche Norm, die wie die übrigen Absätze des Art. 1.121 c.p.c. ihre jeweilige materielle Entsprechung in den Art. 321 ff. c.c. hat. Dort wird aber nicht von einer Unterhaltspflicht des Mannes im Falle der einverständlichen Trennung gesprochen. Art. 320 c.c. schränkt sogar ausdrücklich diese Pflicht auf die strittige Trennung ein und auch nur dann, wenn die Frau unschuldig und mittellos ist. Selbst wenn man unterstellen wollte, daß Art. 1.121 IV c.p.c. eine Anspruchsgrundlage liefert, wäre damit die Unverzichtbarkeit eines solchen Anspruchs noch nicht belegt[1]. Aus alledem folgt, daß einem Unterhaltsverzicht keine zwingenden Gründe entgegenstehen.

Von diesem Ergebnis ist die weitere Frage zu trennen, ob die Frau den Verzicht unter besonderen Voraussetzungen wieder rückgängig machen kann. Das kommt im Ergebnis einem vorübergehenden Ausübungsverzicht gleich. Der Ausübungsverzicht, der aufgrund der Súmula Nr. 379 allerdings zulässig ist, weil er den Bestand des Rechtes selbst nicht berührt, kann von der Frau leicht wieder rückgängig gemacht werden. Ihre Bedürftigkeit und nicht auch die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten wird zum Prüfungskriterium bei der Wiederausübung des Unterhaltsrechtes[2]. Damit wird man denjenigen nicht gerecht, die nach der gerichtlichen Trennung neue Verbindungen eingehen und entsprechende neue Unterhaltslasten auf sich nehmen. Je mehr Zeit zwischen dem Ausübungsverzicht der Frau und der Wiedergeltendmachung von Unterhaltsansprüchen verstreicht, desto wahrscheinlicher ist, daß sich der andere Partner zur Eingehung einer neuen eheähnlichen Verbindung und zur Gründung einer neuen Familie bereitfindet. Eine nach langer Zeit wiederauflebende Unterhalts-

---

1) Auch die Ausgliederung der Frage aus dem Bereich der Parteiautonomie mit der Begründung, es handele sich um ein öffentlich-rechtliches Problem, ist angesichts des typisch vertraglichen Charakters der einverständlichen Trennung unbefriedigend . Vgl. TJDF Urt. v. 27.9.1955, Rev. Forense 171, 219.

2) Z.B.: TJSP Urt. v. 5.2.1948, Rev. Trib. 173, 305.

pflicht kann also zu Belastungen des Verpflichteten führen und damit auch zu Lasten derjenigen Personen gehen, die in der Zwischenzeit vom ihm versorgt wurden[1].

Stellungnahme im Vergleich mit der deutschen Situation vor dem 1. EheRG

Die Berücksichtigung der finanziellen Situation beider Parteien sollte etwaige unvorhersehbare Veränderungen in der Zeit nach der Trennung, die auf der einen Seite zu Bedürftigkeit oder auf der anderen Seite zu Leistungsunfähigkeit geführt haben, gleichermaßen in Betracht ziehen, wie auch die Zeit, die seit der Trennung verstrichen ist. Eine solche Prüfung haben, soweit ersichtlich, nur wenige brasilianische Gerichte unternommen; sie haben sich dabei auf die clausula rebus sic stantibus gestützt. Dahinter steht der Gedanke, daß jeder Unterhaltsvereinbarung die clausula rebus sic stantibus innewohne[2]. Daraus folge, daß mit jeder grundlegenden Veränderung der Verhältnisse einer oder beider Parteien, gemessen an der Situation zum Zeitpunkt der Vereinbarung, eine Anpassung der Rechte und Pflichten zu erfolgen habe[3].

In Deutschland ist die clausula rebus sic stantibus bei Unterhalts- und Unterhaltsverzichtsverträgen dagegen häufiger herangezogen worden. Von der clausula rebus sic stantibus ausgehend hat die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung - insbesondere das Reichsgericht - entwickelt, daß bei Erschütterung der Geschäftsgrundlage durch wesentliche Änderungen und bei Vernichtung des von den Parteien verfolgten Zwecks eine entsprechende Modifizierung der Unterhalts-

---

1) So kann es immer noch vorkommen, daß eine Frau nach fünfzehnjähriger einverständlicher Trennung den Verzicht zurücknimmt und den (Ex-)Ehemann, der inzwischen eine zweite Familie, einschließlich mehrerer Kinder versorgt, auf Unterhalt erfolgreich in Anspruch nimmt; vgl. TJRdJ, 3. Kammer für Familienrechtssachen, AZ.: 52049/76.

2) TJDF Urt. v. 4.9.1958, Rev. Forense 191, 153 (hier wurde eine bestehende Unterhaltspflicht anhand der clausula revidiert).

3) TJSP Urt. v. 10.2.1960, Rev. Trib. 316, 289.

vereinbarung erfolgen könne[1]. Die dagegen erhobenen Einwände beruhen darauf, daß man den Verzicht als endgültige Lösung versteht, der ein für allemal die unterhaltsrechtlichen Beziehungen klären soll und daß vielfach der Verzicht auf einer Verständigung der Parteien beruht, die dahin zielt, den Scheidungsprozeß so reibungslos wie möglich durchzuführen. Einem Verzicht steht häufig eine Gegenleistung gegenüber, so etwa die Bereitschaft einer Partei, die Schuld an der Scheidung auf sich zu nehmen, einen Mitschuldantrag nicht zu stellen, auf Rechtsmittel zu verzichten oder bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung großzügiger zu sein, als es in einem von bloßer Konfrontation beherrschten Scheidungsprozeß der Fall wäre[2]. Ein gewichtiges Argument gegen eine spätere Anpassung an die veränderten tatsächlichen Umstände ist darin zu sehen, daß das bisherige Verschuldensprinzip eine Entscheidung über die Schuld der Beteiligten erforderlich machte und daß mit Übernahme der Schuld durch eine Partei als Gegenleistung für den Verzicht, jenes Entgegenkommen in einem rechtskräftig und damit endgültigen Scheidungsurteil Niederschlag fand, während die andere Leistung einer Anpassung zugänglich blieb. Auf diese Weise erfolgte die Anpassung nur zugunsten einer Partei, was die ursprünglich in der Unterhaltsverzichtsvereinbarung angestrebte Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung im nachhinein empfindlich stören konnte[3].

Obwohl die Schuldfrage im Zusammenhang mit dem desquite amigável nicht gestellt wird und deshalb die Gefahr der einseitigen Anpassung zu Lasten eines an der Trennung "Schuldigen" nicht bestehen kann, bleibt die Reversibilität einer Unterhaltsverzichtsvereinbarung auch in Brasilien unter dem auch in Deutschland ins Feld geführten, weiteren Gesichtspunkt der Vereinfachung des Verfahrens durch vorausgegangenen Ver-

---

1) RGZ 145, 119 f.; 164, 366 ff.; 165, 26 ff.; 166, 40 ff.; LG Hildesheim, FamRZ 1958, 220; BGH, NJW 1962, 2147.

2) Hampel, FamRZ 1960, 421 f., 428.

3) Mit der Geltung des sog. Zerrüttungsprinzips hat die Problematik ihre bisherige Bedeutung verloren.

zicht umstritten. Es darf nicht übersehen werden, daß die statistisch bereits bewiesene Bevorzugung des desquite amigável nicht nur wirtschaftliche, sondern in großem Maße nicht-materielle, psychologische Motive hat.

Die einverständliche Trennung vermeidet den öffentlichen Skandal, indem die Schuldfrage im Gegensatz zur strittigen Trennung nicht gestellt wird. So wird mit Rücksicht auf die gesamte Familie eine sanfte Lösung der ehelichen Gemeinschaft angestrebt, auch wenn es sich um Fälle handelt, die geeignet wären, Klagen auf strittige Trennung zu begründen. Ohne die Gewißheit, durch den Verzicht der Frau endgültig von Unterhaltszahlungspflichten befreit zu sein, würde die Prozeßbereitschaft des Mannes in den Fällen aussichtsreicher Trennungsklagen steigen: er würde nach Trennung von der schuldigen Frau gem. Art. 320 c.c. keinen Unterhalt mehr zahlen müssen. Wenn dagegen die Frau mit einem obsiegenden Urteil rechnen darf, statt dessen aber eine einverständliche Trennung wählt, bei der sie auf ihren Anspruch auf Unterhalt verzichtet, dann ist das als Ausdruck ihres freien Willens zu behandeln[1]. Die Interessen beider Parteien werden jedenfalls bei einer objektiven Prüfung der veränderten Umstände nach den Grundsätzen der clausula rebus sic stantibus gewahrt.

Die ausgewogenste und wohl auch praktikabelste Lösung ist demzufolge, die Wirksamkeit eines Verzichtes grundsätzlich unter Sicherung der Möglichkeit anzuerkennen, den Anspruch dann wiederaufleben zu lassen, wenn besondere unvorhergesehene Umstände die wirtschaftliche Notlage der Frau bedingen, aus der sie sich mit eigener Kraft nicht befreien kann und wenn dem Mann die Unterhaltszahlungen zumutbar sind[2]. Auf diese Weise kann eine den Interessen beider Parteien gerecht werdende Anpassung erfolgen.

---

1) TJMG Urt. v. 19.3.1959, Rev. Trib. 301, 644 ff. = Rev. Forense 189, 214; de Barros Monteiro, 195; Bevilaqua, Dir. fam., 277; de Oliveira Cruz, Rev. Forense 228, 392; siehe auch Franceschini-de Salles Oliveira IV, 1112 ; Prunes, Prática, 48 ff.

2) Vgl. auch TJSP Urt. v. 11.11.1971, Rev. Trib. 436, 125 f.

2) Die strittige Trennung (desquite litigioso)

Im Gegensatz zur einverständlichen Trennung ist der desquite litigioso gem. Art. 317 c.c. nur zulässig, wenn einer oder mehrere der dort aufgeführten Gründe vorliegen: Ehebruch (Art. 317 I), Totschlagsversuch (Art. 317 II), Mißhandlung oder schwere Beleidigung (Art. 317 III), freiwilliges Verlassen der ehelichen Wohnung für ununterbrochen zwei Jahre (Art. 317 IV).

Es ist bereits gezeigt worden[1], daß die Zahl der strittigen Trennungen einen erheblich geringeren Anteil an der Gesamtziffer der Trennungsprozesse hat. Innerhalb der Gruppe der strittigen Trennungen läßt sich feststellen, daß das freiwillige Verlassen der ehelichen Wohnung den weitaus häufigsten Grund darstellt, gefolgt von Ehebruch, Mißhandlung oder schwerer Beleidigung und schließlich von Totschlagsversuch.

Die jüngsten Statistiken[2] lassen für den Zeitraum von 1971-1973 auf Bundesebene und nach den vier Trennungsgründen gegliedert, folgende Berechnungen zu:

Jahr:	Ehebruch:	Totschlags-versuch:	Mißhandlung oder schw.Beleidigung:	freiwilliges Verlassen:
1971	658	57	561	1.157
1972	693	60	639	1.244
1973	725	68	742	1.525
Total:	2.076	185	1.942	3.926

Im selben Zeitraum wurden auf Bundesebene 36.639 Trennungsprozesse registriert. Davon waren 28.477 einverständliche Trennungsverfahren. Somit zeigt sich, daß die strittigen Trennungen mit lediglich 22,3 % am Gesamtvolumen beteiligt sind.

---

1) Siehe oben S. 24.

2) Zusammengestellt nach I.B.G.E., Anuário Estatístico do Brasil 1973-1975.

Nach Bundeseinheiten aufgeschlüsselt, lassen sich für die Zeit von 1971-1973 insgesamt errechnen:

Bundeseinheiten:	Ehebruch:	Totschlags-versuch:	Mißhandlung oder schw.Beleidigung:	freiwilliges Verlassen:
Rondônia	2	-	3	7
Acre	-	-	-	1
Amazonas	1	-	-	2
Roraima	2	-	1	4
Pará	2	-	1	9
Amapá	3	-	-	2
Maranhão	4	1	3	17
Piauí	13	-	2	24
Ceará	10	-	1	35
Rio Grande do Norte	17	-	6	18
Paraíba	76	1	20	49
Pernambuco	89	4	30	148
Alagoas	67	4	5	93
Sergipe	55	-	11	43
Bahia	66	1	19	80
Minas Gerais	185	20	76	290
Espírito Santo	27	2	18	37
Rio de Janeiro	84	6	95	388
Guanabara	358	55	616	479
São Paulo	539	43	669	1.122
Paraná	48	7	55	292
Santa Catarina	59	11	46	160
Rio Grande do Sul	225	15	188	378
Mato Grosso	7	2	11	35
Goiás	135	12	62	200
Distrito Federal	2	1	4	13
Total:	2.076	185	1.942	3.926

Die Besonderheit der strittigen Trennung liegt im Erfordernis eines Schuldspruches. Ohne die Feststellung der Schuld einer oder beider Parteien am Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 317 c.c. ist die Trennung nicht möglich[1]. Der Zerrüttungsgedanke im Eherecht ist dem código civil unbekannt, jedoch findet er im Rahmen der einverständlichen Trennung seinen häufigsten indirekten Ausdruck[2], ohne daß das Scheitern des ehelichen Zusammenlebens dort festgestellt werden müßte oder dürfte.

Die Untragbarkeit ehelichen Zusammenlebens als Grund für die

---

1) TARGdS Urt. v. 15.9.1942, Rev. Forense 93, 546 f.; TJSP Urt. v. 17.9. 1948, Rev. Trib. 177, 249 f.

2) Franceschini-de Salles Oliveira II, 935.

strittige Trennung ist von der höchstrichterlichen Rechtsprechung nach einigen Schwankungen[1] verneint worden[2].

a) Die Trennungsgründe im einzelnen

aa) Ehebruch

Ehebruch liegt vor, wenn ein Verheirateter sexuelle Beziehungen zu einer dritten Person unterhält[3]. Die Definition hat sich im Schrifttum jedoch nicht ganz durchgesetzt. Ihr wird entgegengehalten, daß der Ehebruch gleichbedeutend sei mit "Bruch der ehelichen Treue"[4]. Dem ist aber zu widersprechen, weil damit nicht deutlich wird, ob versuchter oder vollendeter Ehebruch als Trennungsgrund verlangt wird. Die Enttäuschung einer ehelichen Treueerwartung kann danach bereits in einem Ehebruchsversuch zu sehen sein, denn eine auf die Vollendung zielende Absicht enthält bereits alle Merkmale einer ehewidrigen Gesinnung.

Unter sexuellen Beziehungen versteht man die geschlechtliche Vereinigung, ohne daß die emissio seminis oder gar die imissio seminis stattgefunden zu haben brauchen[5]. Dieses Ergebnis ist im Hinblick auf die Entwicklung des Ehebruchtatbestandes und seiner Folgen im brasilianischen Straf- und Zivilrecht konsequent. Die heute noch gegebene Strafbarkeit des Ehebruchs nach Art. 240 c.p. galt früher für die Ehefrau stets, für den Ehemann aber nur dann, wenn er eine maîtresse (amante de casa posta)[6] hielt. Diese heute abgeschaffte Un-

---

1) Vgl. STF Urt. v. 11.6.1953 (Trennung); Urt. v. 22.5.1947 (keine Trennung), Franceschini-de Salles Oliveira II, 927 ff.

2) STF Urt. v. 1.9.1966, Rev. Trim. Jurpr. 39, 52 f.; vgl. unten S.43 f.

3) TJSP Urt. v. 9.4.1965, Rev. Trib. 370, 165; vgl. auch de Carvalho Santos V, 217.

4) Bevilaqua, Cód. civ. com., 275; Gomes, Dir. fam., 231.

5) Pontes de Miranda VIII, 58; de Barros Monteiro, 178. Künstliche Besamung ist demnach kein Fall von Ehebruch; Magalhães Noronha, Rev. Trib. 306, 778 ff.

6) Garcez Filho I, 85 f.; de Carvalho Santos IV, 43; Bergmann, 17.

terscheidung wurde einst damit begründet, daß die Ehefrau die "Frucht" einer ehebrecherischen Begegnung in die Ehe bringen würde. Nichteheliche Kinder des Ehemannes blieben gewissermaßen außerhalb von Ehe und Familie. Ihre Existenz blieb entweder der Ehefrau unbekannt oder sie konnte zumindest vor der Gesellschaft verheimlicht werden, was allerdings nur dann gelingen konnte, wenn es sich nicht um eine regelrechte "amante de casa posta" handelte. Man gestand im Grunde dem Mann Affären in unbegrenzter Zahl zu, solange er nicht den "Fehler" beging, aus einer solchen Begegnung eine dauernde Verbindung werden zu lassen.

Mit der Abkehr von einer stärkeren Stigmatisierung des Fehltritts der Ehefrau gegenüber einem solchen des Mannes wird deutlich, daß das Gewicht des "Unrechtsgehaltes" des Ehebruchs nicht mehr in der Gefährdung der legitimen Zusammensetzung der Familie mittels der Möglichkeit der Geburt eines "fremden" Kindes gesehen wurde, sondern darin, daß Sexualbeziehungen zu Dritten die gegenseitige Zuneigung der Ehepartner zerstören können. Damit ist die Frage nach der ehelichen Zerrüttung angesprochen, die im brasilianischen Trennungsrecht keine eigenständige Bedeutung hat; dennoch werden die eheinternen geistig-seelischen Umstände im Zusammenhang mit dem Ehebruch nicht nur als mögliche Ursachen für das eheliche Fehlverhalten[1] berücksichtigt, sondern es wird untersucht,

---

1) Nach Art. 319 c.c. schließt ein Beitrag des Trennungsklägers zum Ehebruch die Trennung aus. Kein Beitrag ist darin zu sehen, daß er lange schon vom Beklagten getrennt gelebt hat, TJSP Urt. v. 4.2. 1957, Rev. Trib. 265, 372 f., oder daß er den anderen durch Mißhandlung aus dem Haus und in eine neue Verbindung getrieben hat, TJSP Urt. v. 23.11.1928, Rev. Trib. 68, 371 f. (Diese alte Entscheidung enthält noch das Postulat der ehelichen Treue nach gerichtlicher Trennung). Ebensowenig ist ein Beitrag dann gegeben, wenn er den anderen Partner vor dessen Ehebruch ohne moralischen und materiellen Beistand zurückgelassen hat, TJDF Urt. v. 21.7.1947, Franceschini-de Salles Oliveira II, 1177. Andererseits hat das Gericht in einem Fall, in dem im Gegensatz zum letztgenannten eine strafrechtliche Verurteilung wegen Ehebruches nicht erfolgt war, den Beitrag zum Ehebruch des anderen bejaht und die Trennungsklage abgewiesen, TJSP Urt. v. 30.10.1969, Rev. Trib. 409, 189 f.; ferner Urt. v. 18.9. 1969, Rev. Trib. 421, 119 f. Die jüngere Rechtsprechung entfernt sich zusehends aus Billigkeitsgründen von dem einstmals höchstrichterlich aufgestellten Erfordernis, daß der Beitrag "direkt, frei-

inwieweit sie gerade Folge des Ehebruchs sind und das eheliche Zusammenleben in seinem Bestand angreifen.

(1) Beweis des Ehebruchs

Die Beweisprobleme bei Ehebruch sind allenthalben groß. Die Praxis mußte von der idealen Beweiskonstellation des solus cum sola, nudus cum nuda, in eodem lecto aufgrund der weniger klassisch ausgesuchten Umstände für den Ehebruch wesentliche Abstriche machen und betrachtet schon den Nachweis des solus cum sola in solitudinem als ausreichend. Die flagrante Überführung ist also nicht mehr erforderlich. Indizienbeweise genügen[1], müssen aber schwerwiegend sein[2]. Einige Gerichte haben auch glaubhafte Vermutungen zugelassen[3]. Deutlich wird nicht, wie schwerwiegend die Umstände sein müssen, damit sich eine derartige Vermutung halten lassen kann[4].

---

willig, wissentlich und positiv" zu sein habe, STF Urt. v. 12.8.1953, Rev. Forense 153, 194; ihm noch folgend: TJSP Urt. v. 4.4.1968, Rev. Trib. 399, 143 ff. So früher schon: TJMG Urt. v. 9.10.1952, Rev. Forense 151, 320 f. = Rev. Trib. 210, 430; TJSP Urt. v. 20.8.1971, Rev. Trib. 433, 87 f.

1) TJDF Urt. v. 14.1.1947, Rev. Forense 115, 126 f.; TJ Ceará Urt. v. 11.6.1951, Rev. Trib. 220, 459 ff.

2) TJMT Urt. v. 8.3.1957, Rev. Trib. 276, 745 f.

3) Pontes de Miranda VIII, 84 ff., mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

4) Die Art und Weise der Beweisverschaffung spielt im Prozeß keine Rolle. Die unbefugte Einsichtnahme in die Privatkorrespondenz verstößt gegen kein Beweisverwertungsverbot, TJDF Urt. v. 12.12.1955, Rev. Forense 169, 193 f.; de Barros Monteiro, 180. Daß in einem Fall die Tonbandaufnahme eines mitgeschnittenen Telefongesprächs vom Gericht nicht verwertet wurde, lag nicht daran, daß sie gegen den Schutzzweck einer Strafrechtsnorm oder gegen ein Persönlichkeitsrecht verstoßen haben könnte, sondern allein an der Einsicht, daß aufgrund zahlreicher Fälschungs- und Verfälschungsmöglichkeiten der Beweiswert nicht gesichert schien, TJSP Urt. v. 25.4.1950, Rev. Trib. 187, 666 ff.

(2) Verzeihung

Der Ehebruch führt nach Art. 319 II c.c. nicht zur Trennung, wenn der verletzte Ehegatte ausdrücklich verzeiht[1]. Laut Art. 319 II, einziger Paragraph, c.c. wird Verzeihung vermutet, wenn er in Kenntnis des Ehebruchs dem anderen Ehegatten beiwohnt. Es reicht nicht aus, daß die Eheleute weiterhin unter demselben Dach wohnen, ohne miteinander geschlechtlich zu verkehren[2]. Anders ist es allerdings in der Rechtsprechung auch schon beurteilt worden, indem das Verb "coabitar" (beiwohnen) sowohl im wörtlichen als auch im übertragenen Sinn angewandt wurde[3]. Diese Auffassung ist bedenklich, denn es müßte zuerst geprüft werden, ob die Ehegatten überhaupt über die Mittel verfügen, um sich voneinander räumlich zu trennen und neue Wohnsitze zu gründen. Nur eine Minderheit aller gekränkten Eheleute dürfte in der Lage sein, eine eigene Wohnung zu beziehen, nur damit im späteren Prozeß der Verbleib in der bisherigen Wohnung nicht bis zum Beweis des Gegenteils als Verzeihung ausgelegt werde[4].

Die Vermutung ist widerleglich. Der beweispflichtige Beklagte kann sich nicht auf Verzeihung berufen, wenn sich der andere Ehegatte auf den Geschlechtsverkehr eingelassen hat, weil er irrtümlich an eine diesbezügliche Pflicht glaubte oder weil er zur Beiwohnung gezwungen wurde[5].

Eine der deutschen Entwicklung vergleichbare Tendenz, den Geschlechtsverkehr nicht mehr schematisch als Ausdruck der

---

1) Art. 319 II c.c. spricht unnötigerweise vom "unschuldigen" Ehegatten.

2) TJRGdS Urt. v. 19.3.1970, Rev. Trib. 416, 347; TJMG Urt. v. 14.2.1966, Rev. Forense 214, 170; Pontes de Miranda VIII, 61; de Barros Monteiro, 180 f.

3) TJSP Urt. v. 2.10.1964, Rev. Trib. 367, 96; TJMG Urt. v. 21.1.1958, Rev. Forense 180, 218 f.; wohl auch Gomes, 233 f.

4) Zu den Einkommensverhältnissen der brasilianischen Bevölkerung siehe unten S. 124 ff.

5) TJSP Urt. v. 26.6.1959, Rev. Trib. 291, 186 ff.

Verzeihung zu werten[1], sondern auf dessen Häufigkeit abzusteilen[2] und danach nur dann von Verzeihung auszugehen, wenn die wiederholten geschlechtlichen Vereinigungen in dem Bewußtsein erfolgen, der andere Teil werte sie als Zeichen der Versöhnung[3], ist in Brasilien nicht erkennbar.

bb) Totschlagsversuch

Um die Trennungsklage auf den Trennungsgrund des Totschlagsversuches, Art. 317 II c.c., stützen zu können, muß der Kläger nicht erst das strafrechtliche Urteil abwarten[4], da eine Bindung des Zivilrichters an das Strafurteil ohnehin nicht bestehen würde. Wegen der scharfen Trennung von strafrechtlicher und zivilrechtlicher Würdigung der Tat ist sogar ein Freispruch im Strafverfahren als Beweis für das Nichtvorliegen der Voraussetzung von Art. 317 II c.c. grundsätzlich ungeeignet[5]. Dennoch ist die allgemein anerkannte Definition dessen, was als Totschlagsversuch vom Zivilrichter zu prüfen ist, mit der Begriffsbestimmung des código penal, Art. 12 II i.V.m. 121 f., deckungsgleich. Ein Totschlagsversuch liegt demnach vor, wenn die angefangene Ausführung aufgrund von Umständen, die dem Täterwillen fremd sind, nicht zur Vollendung gelangt[6]. Die Absicht oder die Drohung mit der Tatbegehung allein genügen nicht[7].

---

1) RGZ 96, 268 ff.; 134, 139 ff.; 163, 246 ff.; Dölle, 555; Dörmann, 295 f.; Habscheid, 206; Hoffmann-Stephan, 583; Popp, 161. Mit dem Inkrafttreten des Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts am 1.7.1977 verliert die Frage ihre Bedeutung.

2) RGZ 96, 268 ff.; 134, 139 ff.

3) BGH, FamRZ 1957, 208 ff.

4) Gomes, Dir. fam., 234 f.; Pontes de Miranda VIII, 62; Rodrigues, 210.

5) Pontes de Miranda VIII, 63; de Faria Coelho, Desquite, 222 f., der widersprüchlicherweise Bindung an das Strafurteil vertritt, wenn statt auf Totschlagsversuch, auf Körperverletzung erkannt wurde.

6) de Barros Monteiro, 181.

7) TAMG Urt. v. 1.2.1945, Rev. Forense 103, 99 f.

cc) Mißhandlung oder schwere Beleidigung

(1) Schwere Beleidigung

In umgekehrter Reihenfolge sei die zweite Alternative von Art. 317 III c.c. zuerst behandelt, da sie als weiter gefaßtes Tatbestandsmerkmal über den Spezialfall der Mißhandlung hinausgreift[1].

Als schwere Beleidigung gilt jeder Angriff gegen Ehre, Ansehen und Würde des Ehegatten[2]. Obgleich dieser Tatbestand weit gefaßt ist und daher in der praktischen Anwendung sehr elastisch sein kann, liegt er an dritter Stelle der Prozeßstatistiken[3]. In den Publikationen der Rechtsprechung dagegen wird ihm umso größere Aufmerksamkeit geschenkt. Das liegt an der besonderen Flexibilität der Gesetzesformulierung, die großzügige Interpretation erlaubt.

Man hat die Reichweite der Norm durch ein ungeschriebenes subjektives Tatbestandsmerkmal eingegrenzt[4]. Danach muß die schwere Beleidigung vom animus injuriandi des Handelnden getragen sein. Damit scheiden Fälle aus, in denen die Berücksichtigung des sozialen Milieus und der individuellen Erziehung zu einer milderen Betrachtung der Aggressionen führt. Dennoch läßt sich feststellen, daß gerade diese Vorschrift das schwächste Glied des ansonsten präzisen Art. 317 c.c. ist. Sie ist der Ansatzpunkt für verschiedentliche Versuche, die eheliche Zerrüttung zu einem selbständigen Trennungsgrund zu machen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat jedoch den Zerrüttungsgedanken nicht aufgegrif-

---

1) TJSP Urt. v. 21.8.1969, Rev. Trib. 412, 180 ff.; Rodrigues, 202.

2) Bevilaqua, Cód. civ. com., 276; Pontes de Miranda VIII, 63.

3) Vgl. Tabellen oben auf S. 36 f. Schwere Beleidigung ist nicht, wie Gomes, Dir. fam., 237, schreibt, der am häufigsten geltend gemachte Trennungsgrund.

4) TJSP Urt. v. 29.3.1949, Rev. Trib. 180, 699 f.; Garcez Filho II, 51; Rodrigues, 211.

fen[1].

Eine geschickt formulierte Klage kann über Art. 317 III 2. Alt. c.c. zum Erfolg führen, auch wenn der in Frage stehende Lebenssachverhalt auf den ersten Blick dazu nicht geeignet zu sein scheint: Ein Ehemann, der die Hausangestellte entließ und dabei seiner Ehefrau in Anwesenheit dieser dritten Person die Autorität abstritt, beging eine schwere Beleidigung[2]. Eine solche Handlung wurde als Angriff auf die autonome Stellung der Ehefrau in der Haushaltsführung verstanden. Das Gericht begründete sein Urteil, indem es unter Heranziehung deutscher Familienrechtsliteratur[3] den Gedanken der "Schlüsselgewalt" aufgriff, daraus aber nicht ganz überzeugend ableitete, daß es dem Mann verwehrt sei, die Berechtigung der Frau, Geschäfte mit Wirkung für ihn zu besorgen, durch Erklärung gegenüber Dritten einzuschränken. Die schwere Beleidigung braucht nicht öffentlich geäußert worden zu sein[4].

Der Trennungsgrund der schweren Beleidigung kann als "Auffangtatbestand" für nicht beweisbare Ehebruchsvorwürfe nützlich sein. Wenn die Ehefrau mit einer Person des anderen Geschlechts, in concreto mit dem Nachbarn, zur Unzeit Konversation führt, beleidigt sie den abwesenden Ehemann schwer[5].

---

1) STF Urt. v. 1.9.1966, Rev. Trim. Jurpr. 39, 52 f.: Klagabweisung, als die schwere Beleidigung nicht glaubhaft gemacht werden konnte und statt dessen Zerrüttung der Ehe nachgeschoben wurde. Siehe auch oben S. 37 f.

2) TJGB Urt. v. 23.7.1963, Rev. Trib. 367, 302.

3) Beitzke, Familienrecht, 10. Aufl., 47: "Die Frau hat den Haushalt in eigener Verantwortung zu führen..."

4) TJDF Urt. v. 14.6.1956, Arch. Jud. 120, 165 ff. Der Nachweis einer schriftlichen Ehrherabsetzung reicht auch dann aus, wenn das zum Abfall geworfene, unsignierte Papier ohne Zustimmung des Verfassers wieder von dort entfernt und gerichtlich verwertet wird; TJGB Urt. v. 17.8.1964, Rev. Forense 217, 129 ff.

5) TJSP Urt. v. 24.11.1966, Rev. Trib. 382, 188 (Unzeit: 23^h-1^h). Eine schwere Beleidigung ist anerkannt worden, als die Frau gegen den Willen des Ehemannes spiritistische Séancen in der gemeinsamen Wohnung veranstaltete, TJSP Urt. v. 13.8.1970, Rev. Trib. 421, 139 f. Bemerkenswert ist auch der in Deutschland bekanntgewordene Fall der

(2) Mißhandlung

Die Mißhandlung ist als Spezialnorm gegenüber Art. 317 III 2. Alt. c.c. schärfer umrissen. Man definiert sie allgemein als "üble Behandlung, fortgesetzte körperliche Grobheit, physische Schädigung"[1]. Die Körperverletzung muß im Gegensatz zur Beleidigung nicht schwerwiegend sein. Jeder Eingriff in die körperliche Integrität erfüllt die Normvoraussetzung[2]. Mißhandlungen sind auch: die Nötigung, die Freiheitsberaubung sowie die Nichterfüllung gewisser Unterhaltspflichten, wie Vorenthaltung von Nahrung, Verweigerung ärztlicher Hilfe[3] und ähnliche Vernachlässigungen des Ehegatten, die physische Konsequenzen zeitigen.

Außer der physischen wird auch die psychische Mißhandlung berücksichtigt. Darunter fallen alle Handlungen und Unterlassungen, die man als seelische Grausamkeit umschreiben kann[4].

Obschon das Gesetz von "sevícia" (Singular von Mißhandlung) spricht, haben sich Rechtsprechung und Literatur mit der Frage beschäftigt, ob Art. 317 III 1. Alt. c.c. wiederholte Mißhandlungen voraussetze[5]. Die Frage wird verneint. In An-

---

Weigerung eines Ehegatten, sich im Anschluß an die zivile Zeremonie auch religiös trauen zu lassen, TASP Urt. v. 30.4.1946, Rev. Trib. 164, 42 ff.; vgl. Bergmann, 29. Art. 317 III 2. Alt. c.c. kann auch als Grundlage einer Widerklage dienen, wenn die erhobenen Behauptungen nicht zutreffen, TJMT Urt. v. 1.6.1962, Rev. Trib. 343, 445 ff.; strenger: TJSP Urt. v. 31.8.1962, Rev. Trib. 339, 154 ff.

1) Bevilaqua, Cód. civ. com., 275.

2) Pontes de Miranda VIII, 63; vorsichtig: Gomes, Dir. fam., 235 (Gefährdung der körperlichen Integrität und Gesundheit).

3) de Barros Monteiro, 182; Rodrigues, 210.

4) Garcez Filho II, 49 f.; Pontes de Miranda VIII, 63, mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

5) TJSP Urt. v. 9.3.1965, Rev. Trib. 380, 164; STF Urt. v. 13.9.1945, Rev. Forense 107, 56; TJMT Urt. v. 8.3.1957, Rev. Trib. 276, 745 f.; Gomes, Dir. fam., 235 f.

lehnung an das zum Trennungsgrund der schweren Beleidigung Gesagte[1] wird man die gesamten Lebensumstände der Betroffenen zu untersuchen haben, einschließlich der Bedeutung, den eine körperliche Auseinandersetzung für das eheliche Zusammenleben im Einzelfall hat[2].

Der Freispruch im Strafprozeß wegen Körperverletzung steht der Anführung der Mißhandlung als Trennungsgrund im Zivilverfahren nicht entgegen[3].

dd) Freiwilliges Verlassen der ehelichen Gemeinschaft[4] für zwei Jahre ohne Unterbrechung

Neben dem objektiven Erfordernis der zweijährigen Abwesenheit muß das subjektive Merkmal der Freiwilligkeit vorliegen, damit Art. 317 IV c.c. erfüllt ist. Die subjektive Seite wurde um eine weitere Bedingung erweitert; es wird verlangt, daß das Verlassen zudem in böswilliger Absicht geschehe[5]. Es ist naheliegend, die Freiwilligkeit der Handlung durch die-

---

1) Siehe oben S. 43.

2) TJSP Urt. v. 25.4.1963, Rev. Trib. 356, 190 f.; Urt. v. 26.8.1954, Franceschini-de Salles Oliveira II, 1337.

3) TJSP Urt. v. 9.8.1962, Rev. Trib. 339, 140 f.; Urt. v. 14.2.1967, Rev. Trib. 387, 105 f.: Hier operiert das Gericht mit dem Zerrüttungsgedanken und weiß sich mit der Schuldfrage nicht zu helfen, da der beklagte Ehegatte in Notwehr gehandelt zu haben behauptet.

4) Art. 82 § 3 des Dekrets Nr. 181 vom 24.1.1890 sprach noch vom "ehelichen Domizil". Eine mißlungene Wendung, die zu Mißverständnissen geführt hat, weil nach Art. 36 c.c. a.F. dem Ehemann das Recht zustand, das Domizil der Familie zu begründen und zu verlegen. Die Weigerung der Frau, ihrem Mann zu folgen, hätte man als Verlassen hinstellen können. Mit Gesetz Nr. 4.121 vom 27.8.1962, Art. 233 III c.c., obliegt nun dem Ehemann nur noch das Recht, das familiäre Domizil festzusetzen, unbeschadet der Möglichkeit für die Frau, den Richter anzurufen, wenn die Entscheidung sie benachteiligen sollte. Vgl. auch Bueno, 15 f. Die Verfasserin legt überzeugend dar, daß das Recht des Mannes, auch den Domizilwechsel allein zu bestimmen, mit dem Gleichberechtigungsgesetz Nr. 4.121 entfallen ist. Seither kann der Mann den Domizilwechsel nur noch im Einvernehmen mit der Frau besorgen.

5) de Barros Monteiro, 187; Gomes, Dir. fam., 237.

ses Element zu bestimmen[1], weil es nicht sein kann, daß jemand "gutwillig" die eheliche Gemeinschaft und den anderen Ehegatten gegen dessen Willen zurückläßt. Von Böswilligkeit kann aber dann nicht gesprochen werden, wenn ein rechtfertigender Grund vorliegt[2]. Rechtfertigende Gründe sind: vorausgegangener Ehebruch des zurückbleibenden Ehegatten[3], Spannungen zwischen einem Ehegatten und den im selben Haushalt wohnenden Personen, mit denen er verschwägert ist[4], Nichterfüllung der Unterhaltspflichten und Arbeitsaufnahme außerhalb, um die geringen Einkünfte der Familie zu verbessern oder um überhaupt welche zu erzielen[5].

Als einen Fall des Verlassens hat man die Aufgabe der ehelichen Gemeinschaft durch einen Ehegatten klassifiziert, der aus Furcht vor strafrechtlicher Verfolgung flüchtete. Als Begründung wurde angegeben, daß man im Trennungsverfahren die Flucht vor der Bestrafung nicht gutheißen könne und ausserdem der Täter sein Desinteresse am Schicksal der zurückgelassenen Familie offenbare[6].

Diese Auffassung ist zu Recht umstritten[7], denn dem Zivilrichter obliegt einzig die Prüfung der Frage, ob der Geflohene im Verhältnis zum Ehepartner den Trennungsgrund erfüllt hat. Er hat dagegen nicht zu untersuchen, wie das Verhalten des Beklagten gegenüber den Strafvollstreckungs-

---

1) TJSP Urt. v. 20.2.1964, Rev. Trib. 364, 139 f.

2) TJSP Urt. v. 28.12.1964, Rev. Trib. 368, 103 ff.; de Carvalho Santos V, 249.

3) TJSP Urt. v. 22.10.1964, Rev. Trib. 373, 154.

4) TJSP Urt. v. 24.2.1964, Rev. Trib. 364, 126.

5) Daibert, 227.

6) CASP Urt. v. 20.10.1937, Rev. Trib. 113, 125 ff.; TASP Urt. v. 10.8. 1939, Rev. Trib. 121, 191; V. de Azevedo, Rev. Trib. 113, 125 ff.; de Faria Coelho, Desquite, 298 f.; de Barros Monteiro, 187.

7) Gomes, Dir. fam., 1. Aufl. 1968, 198, der zur Unterstützung seiner Auffassung auf Enneccerus-Kipp-Wolff, Familienrecht, Bd. I, 217, verweist.

organen zu beurteilen ist. Er kann auch nicht aus der Flucht vor der Bestrafung schließen, daß sich darin eine ehewidrige Gesinnung offenbare, denn die böswillige Absicht, die zusätzlich zum Merkmal der Freiwilligkeit vorliegen muß, läßt sich nicht daran erkennen, ob der Ehegatte vor den Behörden flieht oder sich ihnen stellt; eine räumliche Trennung und damit ein Verlassen des anderen Ehepartners findet in jedem Falle statt. Demnach sollte man allein danach fragen, ob und wie sich die Indifferenz des Beklagten gegenüber der zurückgelassenen Familie ausdrückt. Wenn beispielsweise ein Sozialversicherter flieht und damit die Ehefrau der Möglichkeit beraubt, die vom Sozialamt vorgesehene Unterstützung für Angehörige eines Inhaftierten (auxílio-reclusão)[1] in Anspruch zu nehmen, so ist das sicher ein schwerwiegendes Indiz für eine ehewidrige Gleichgültigkeit gegenüber der Not der Zurückgelassenen. Die Belange des verlassenen Ehepartners können in den restlichen Fällen allenfalls im Zusammenhang mit der Frage berücksichtigt werden, ob die Begehung eines Deliktes unter Verursachung der weiteren Konsequenzen, wie Verurteilung und Strafvollstreckung oder genauer, die Flucht davor, nicht eher eine schwere Beleidigung des unschuldigen Gatten darstellt. Das dürfte in den meisten Fällen aber am Fehlen des bei der Beleidigung erforderlichen animus injuriandi scheitern.

b) Prozessuale Aspekte der strittigen Trennung

Über die strittige Trennung wird im ordentlichen Verfahren gemäß Art. 316 c.c. i.V.m. Art. 282 ff. c.p.c. entschieden. Gerichtsstand ist nach Art. 100 I c.p.c. der Wohnsitz der Frau. Laut Art. 223 c.c. hat der Kläger vor Erhebung der Trennungsklage die körperliche Trennung gerichtlich zu beantragen. Wenn dem Antrag stattgegeben wird, kann daraufhin aufgrund von Art. 224 c.c. der vorläufige Unterhalt entsprechend Art. 400 c.c. verlangt werden.

---

1) Art. 23 II b i.V.m. Art. 63 CLPS. Siehe dazu auch unten S. 179.

Nach Maßgabe des Gesetzes Nr. 968 vom 10.12.1949, Art. 1 ff., obliegt dem Gericht die Pflicht, vorher die Versöhnung der Parteien zu betreiben. Wenn dies nicht gelingt, so hat es zunächst das einverständliche Trennungsverfahren zu fördern. Erst wenn die Parteien auch diese Lösung ablehnen, wird das eigentliche Streitverfahren eingeleitet.

Das Trennungsurteil entfaltet erst Wirksamkeit gegenüber Dritten, wenn es aufgrund des Art. 100 des Gesetzes Nr. 6.015 vom 31.12.1973 ins Zivilregister am Rande der Heiratsurkunde und - wenn unbewegliches Vermögen vorhanden ist - ins Grundbuch gem. Art. 167 I Nr. 22 desselben Gesetzes eingetragen wurde[1].

c) Folgen des Trennungsurteils

Gem. Art. 320 c.c. hat die unschuldige und bedürftige Frau Anspruch auf Unterhalt, den sie entweder mit der Klage oder der im Trennungsprozeß zulässigen Widerklage[2] oder gem. Art. 294 c.c. gesondert geltend machen muß. Ist sie schuldig, so verliert sie nach Art. 324 c.c. auch das Recht, den Namen des Ehemannes zu führen, den sie nach Art. 240 c.c. mit der Eheschließung erhielt.

Der Richter setzt gem. Art. 321 c.c. den Unterhaltsbeitrag des oder der schuldigen Ehegatten für die Erziehung und Ausbildung der Kinder fest. Das ist deshalb nötig, weil gem. Art. 326 c.c. die minderjährigen Kinder bei dem unschuldigen Teil verbleiben und bei beiderseitiger Schuld nach § 1 derselben Norm der Mutter zugesprochen werden, wenn das Gericht es im Kindesinteresse für geboten hält. Andern-

---

1) Das Gesetz Nr. 6.015 vom 31.12.1973 wurde geändert durch die Gesetze Nr. 6.140 vom 28.11.1974 und Nr. 6.216 vom 30.6.1975. Das bei Bergmann, 23 N 2, 29 N 4, zitierte Dekret Nr. 4.857 vom 23.11. 1939 ist nach Art. 296 des Gesetzes Nr. 6.015 vom 31.12.1973 entfallen.

2) Gomes, Dir. fam., 240; Pontes de Miranda VIII, 83; Rodrigues, 216 ff.

falls überträgt es die Obhut gem. Art. 326 § 2 c.c. auf ein anderes, geeignetes Familienmitglied[1]. Schon während des Prozesses kann die Personensorge für die Kinder vorläufig geregelt werden, Art. 888 III c.p.c.

Eine flexible Regelung stellt Art. 327 c.c. dar. Ihm zufolge kann das Gericht zum Wohle des Kindes eine von der soeben umschriebenen verschiedene Lösung bestimmen[2].

3) Gemeinsame Rechtsfolgen beider Trennungsarten

Mit der Trennung wird die eheliche Gemeinschaft quoad thorum et mensa beendet. Es endet auch das eheliche Güterrechtsverhältnis, als ob die Ehe aufgelöst würde; für die strittige Trennung ergibt sich das aus Art. 322 c.c., für die einverständliche Trennung aus Art. 1.121 f. c.p.c.

Außer der Beiwohnungspflicht erlischt auch die gegenseitige

---

1) Eingeführt durch Gesetz-Dekret Nr. 9.701 vom 3.9.1946.

2) Das Gesetz sah vor der Änderung des Art. 326 c.c. durch das Gleichberechtigungs-Gesetz Nr. 4.121 vom 27.8.1962 vor, daß im Falle beiderseitiger Schuld, die minderjährigen Töchter bei der Mutter blieben, ebenso wie die Söhne bis zum sechsten Lebensjahr. Die Söhne wurden dann nach Vollendung des sechsten Lebensjahres dem Vater übergeben. Insoweit konnte damals Art. 327 c.c. als Ventil für die Korrekturen eines wenig sinnvollen gesetzlichen Schematismus dienen. Diese Vorschrift hat aber auch nach der Gesetzesreform ihre Bedeutung nicht verloren, weil der Gesetzgeber es versäumt hat, die Feststellung der Schuld eines oder beider Ehegatten am Scheitern ihres ehelichen Zusammenlebens von der Frage ihrer wirklichen Eignung zur Kindererziehung zu trennen. Diese Problematik erinnert an die Auseinandersetzung in der deutschen Rechtswissenschaft um die Regelung der elterlichen Gewalt bei Scheidung der Eltern, § 1671 BGB. In § 1671 III 2 BGB a.F. kommt der Gedanke zum Tragen, daß der alleinschuldige Ehegatte das Personensorgerecht für die gemeinsamen Kinder nicht erhalten solle, weil der Schuldspruch "als Indiz" für die schlechtere Erziehungseignung gelte. Die Vermutung für die geringere Tauglichkeit zur Erziehung mußte widerlegt werden, BGHZ 6, 342; 24, 181; vgl. ferner Beitzke, 16. Aufl. 1972, 207 f. Mit der Neuregelung des deutschen Ehe- und Familienrechts zum 1.7.1977 entfällt das Problem zusammen mit dem Schuldprinzip, und es bleibt allein das Kindeswohl maßgeblich für die Zuständigkeit der Eltern hinsichtlich der Personen- und Vermögenssorge, vgl. § 1671, neugefaßt durch Art. 1 Ziff. 28 des 1. EheRG.

eheliche Treuepflicht[1], so daß Ehebruch nicht mehr begeht, wer mit Dritten sexuell verkehrt[2]. In früheren Zeiten nahm die Rechtsprechung einen gegenteiligen Standpunkt ein. Sie hob hervor, daß nur die eheliche Gemeinschaft, nicht aber auch das eheliche Band aufgelöst würde und daß daher die Pflichten aus der ehelichen Gemeinschaft weiterbeständen[3]. Dieser Standpunkt ließ sich nicht halten, denn die eheliche Treuepflicht ergibt sich aus der societas maritalis, also aus der in der Erwartung gegenseitiger Treue hergestellten Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft, nicht aber aus dem Prinzip der Unlösbarkeit der Ehe. Folglich entfällt die Treuepflicht, wenn die eheliche Gemeinschaft nicht mehr existiert.

4) Versöhnung (reconciliação)

Laut Art. 323 c.c. ist die Versöhnung der getrennten Ehegatten jederzeit möglich. Diese Konsequenz ergibt sich aus dem Weiterbestand des ehelichen Bandes. Die Parteien wenden sich zu diesem Zweck an das Gericht, das die Versöhnung bestätigt. Der Güterstand, der vor der Trennung bestanden hatte, wird wieder aufgenommen, wodurch vermieden wird, daß mit Hilfe eines nur zum Schein durchgeführten desquite die von Art. 230 c.c. festgelegte Unabänderlichkeit des ehelichen Güterstandes umgangen wird.

Mit der Versöhnung leben alle weiteren durch die Trennung erloschenen Rechte wieder auf. Rechte Dritter werden dadurch aber nicht berührt, Art. 323, einziger Paragraph, c.c.

---

1) Gomes, Dir. fam., 223, 241; de Moura Bittencourt 1975, 105; Pontes de Miranda VIII, 90 f.

2) Gomes-Carneiro, 94; gem. Art. 240 § 3 I c.p. ist Ehebruch nach Trennung nicht mehr verfolgbar.

3) TJSP Urt. v. 23.11.1928, Rev. Trib. 68, 371 f.; Urt. v. 31.8.1917, Rev. Trib. 23, 419 ff. Einen ausführlichen Überblick über den Streitstand geben Gomes-Carneiro, 89 ff.

Die Versöhnung muß in das Zivilregister nach Art. 101 des Gesetzes Nr. 6.015 vom 31.12.1973[1] eingetragen werden. Bei Vorhandensein unbeweglichen Vermögens hat die Eintragung auch in das Grundbuch gem. Art. 167 II Nr. 10 desselben Gesetzes zu erfolgen.

II. Auflösung der Ehe

1) Nichtehe

Streng zu scheiden von allen übrigen Mängeln, die eine Ehe verhindern, sind die Voraussetzungen der Nichtehe, die dem brasilianischen Recht ebenso bekannt ist, wie dem französischen oder dem deutschen[2].

Im brasilianischen Schrifttum[3] wurden ursprünglich drei Fälle diskutiert, bei denen Nichtehen vorliegen sollen:

1) bei Gleichgeschlechtlichkeit,
2) bei Nichtbeachtung der gesetzlichen Formvorschriften über die Eheschließung,
3) bei offenem Dissens der Nupturienten.

Größere Aktualität als die vorgenannten "klassischen" Beispielsfälle genießen aber jene Eheschließungen, die im Ausland unter versuchter Umgehung des brasilianischen Scheidungsverbotes vorgenommen wurden. Die weitere Ehe eines schon Verheirateten erfüllt den Tatbestand der Bigamie, die nach Art. 183 Nr. VI c.c. zur Nichtigkeit der späteren Eheschließung führt[4]. Dennoch werden solche Verbindungen nicht nur als nichtig, sondern wegen der darin liegenden Gesetzesumgehung (fraude à lei) als nichtexistent gewertet[5]. Diese

---

1) Siehe auch oben S. 49 N 1.

2) KG StAZ 1958, 207 f.; Palandt-Diederichsen, § 11 EheG Anm. 5; Einf. 1 a vor § 16 EheG; Kipp-Wolff, § 26 I.

3) Bevilaqua, Dir. fam., 124; Lopes de Oliveira, 85 ff.; Pontes de Miranda VII, 370 f.; Garcez Filho I, 169 f.; Gomes, Dir. fam., 123 f.

4) Näheres zur Bigamie unten S. 72 ff.

5) STF Urt. v. 28.4.1943, Arch. Jud. 69, 319 ff.; Valladão, Rev. Trib. 191, 38 ff. (40 f.); Rev. Trib. 307, 7 ff. (speziell zur Unwirksamkeit der im Ausland vorgenommenen Ehescheidung).

Fälle von Nichtehen sind wegen des Scheidungsverbotes allerdings als spezifisch brasilianisches Rechtsproblem zu qualifizieren. Sie bleiben aus diesem Grunde für die rechtsvergleichende Darstellung an dieser Stelle außer Betracht[1].

Die dogmatische Behandlung der Nichtehe als eigener Kategorie folgte dem französischen Vorbild. Die Anerkennung der im französischen Eherecht vertretenen Maxime "en matière de mariage, pas de nullité sans texte"[2] verursachte ein Dilemma bei der Einordnung der im Gesetz nirgends geregelten Mängel, die den Bestand einer Ehe in viel stärkerem Maße in Frage stellen als es bei Vorliegen der (positivierten) nullités textuelles der Fall ist. Um dennoch den Grundsatz aufrechterhalten zu können[3], mußten die mit radikaleren Rechtsmängeln behafteten Verbindungen zwangsläufig außerhalb der Reichweite der Nichtigkeit angesiedelt werden. So schuf man die Theorie der "inexistence", der zufolge in jedem der drei erwähnten Fälle keine nichtige, sondern überhaupt keine Ehe (matrimonium non existens) vorliegen sollte[4].

Die Theorie der "inexistence" vermochte sich in Frankreich nicht zu behaupten. Sie stellte zwar eine praktische Lösung der bezeichneten drei Fälle dar, doch wurde sie entbehrlich, als man erkannte, daß ihr Ausgangspunkt, nämlich die Maxime "pas de nullité sans texte", nicht aufrechtzuerhalten war[5]. Es wurde hierbei gezeigt, daß sie eine unnötige Ausnahme von der außerhalb des Rechts der Eheschließung allgemein anerkannten Zweiteilung der Nichtigkeitsgründe in nullités

---

1) Zur Frage der Wirksamkeit einer im Ausland vorgenommenen Eheschliessung verheirateter Brasilianer siehe auch unten auf S. 134 N 2.

2) Planiol-Ripert-Boulanger, 512 f.; Ferid II, 4 B 51/52; de Sá Pereira, 135.

3) Gomes, Dir. fam., 123, meint deshalb zu Unrecht, man habe mit der Theorie der "inexistence" das Prinzip "pas nullité sans texte" in Frage gestellt.

4) Planiol-Ripert-Boulanger, 517; Aubry-Rau-Esmein, 92 f.; Marty-Raynaud, 596 ff.; Raymond, 65 ff.; Durry, 611 ff. Diese Idee wird in Frankreich allerdings dem deutschen Juristen Zachariae zugeschrieben, vgl. dazu Ferid I, 1 E 266.

5) Durry, 628 ff.

virtuelles und nullités textuelles darstelle. Es wurde ferner angeführt, daß man mit den in den Art. 180-202 code civil erwähnten Nichtigkeitsgründen im Eherecht nicht ausgekommen sei, vielmehr habe man in anderen Rechtsbereichen angesiedelte Nichtigkeitsgründe in das Recht der Eheschliessung übertragen[1].

In Brasilien stieß die Theorie der "actes inexistants" und der "mariages inexistants" allerdings nur vereinzelt auf Widerstand. Dabei setzte die Kritik bereits an der sprachlichen Fassung dessen an, was als "acte inexistant" betrachtet wurde. Ein Akt - so wurde eingewandt - sei etwas Positives, Bestehendes und könne definitionsgemäß niemals inexistent sein. Diese contradictio in adjecto sei eine grammatische mésalliance und lasse schon in den Anfängen nichts Gutes für die gesamte folgende Theorie der Nichtehen ahnen[2]. Überwiegend wird aber die Kategorie der Nichtehen heute noch aufrechterhalten[3].

a) Gleichgeschlechtlichkeit

Fast einhellig wird in Brasilien die Gleichgeschlechtlichkeit der "Ehe"-Partner als Fall eines "casamento inexistente" behandelt, sofern sie evident ist und nicht auf einer physischen Deformation beruht[4]. Demgegenüber wird vertreten, daß man eine solche Verbindung im Wege der Anfechtung wegen eines wesentlichen Irrtums über die Eigenschaften der anderen Partei zu lösen habe[5]. Dieser Lösungsvorschlag setzt jedoch voraus, daß sich jemand über die Geschlechtszugehörigkeit des Partners getäuscht hat. Durch dieses Erfordernis werden dann aber jene Fälle nicht erfaßt, in denen Gleich-

1) Planiol-Ripert-Boulanger, 514; Ferid I, 1 E 266/267; II, 4 B 51/52.

2) de Sá Pereira, 137 f.; da Silva Pereira, Instituições, 84 f.

3) Vgl. Zusammenstellung bei Franceschini-de Salles Oliveira I, 536 ff. (543); Silveira, 74 ff.

4) Bevilaqua, Dir. fam., 124 N 6; Lopes de Oliveira, 86.

5) Vgl. Art. 218 f. c.c.; Gomes, Dir. fam., 104; de Sá Pereira, 145; wohl auch Pontes de Miranda VII, 366.

geschlechtliche wissentlich eine Ehe einzugehen versuchen. Darüberhinaus sieht Art. 220 c.c. eine Anfechtungsmöglichkeit nur für den "getäuschten" Ehegatten vor, während in erster Linie die Interessen Dritter, die mit dem "Ehepaar" in Rechtsbeziehungen treten, in Gefahr sind. Angesichts der mangelnden Aktivlegitimation Dritter hat man sich mit einem Hinweis auf das Strafrecht zu helfen versucht. Solcherlei Sachverhalte würden üblicherweise strafrechtlich erledigt, bevor sich die Zivilgerichte damit befaßten[1]. Das mag zwar als "Hilfsargument" auf den ersten Blick ausreichend erscheinen, haltbar ist es aber deshalb nicht, weil mit wenig Phantasie vorstellbar ist, daß Dritte mit dem Paar kontrahieren, bevor die Organe der Strafrechtspflege davon erfahren.

Angesichts der nur in der Literatur zu findenden Auseinandersetzung um die "Ehe" Gleichgeschlechtlicher, einem Problem, daß die brasilianische Rechtstheorie in Anlehnung an französische Vorbilder in den Vordergrund geschoben hat, wird deutlich, daß diese Problemstellung praktisch nicht relevant ist. Man sollte nicht übersehen, daß zwischen sämtlichen Meinungen ein kleinster gemeinsamer Nenner bei der Definition der Ehe besteht: Geschlechtsverschiedenheit der Nupturienten[2]. Von diesem Grundsatz ausgehend, sollte man es künftig vermeiden, eine Verbindung Gleichgeschlechtlicher mit eherechtlichen Kategorien in Verbindung zu bringen. Nicht nur praktisch, sondern auch theoretisch ist demnach eine Verbindung zwischen zwei gleichgeschlechtlichen Personen eherechtlich irrelevant. Es handelt sich um ein nullum, dessen Aufhebung weder nötig, noch möglich ist[3].

---

1) Früher: Art. 379 c.p.; heute: Art. 239 c.p.: simulação de casamento.

2) Jemolo, 3 f., sieht in der verschiedenen Geschlechtszugehörigkeit die einzige universell gültige Ehevoraussetzung; de Sá Pereira, 145, meint: "Ich kenne keinen einzigen Fall einer Heirat zwischen Gleichgeschlechtlichen, es sei denn es handelte sich um Operetten."

3) Garcez Filho I, 170; Gomes, Dir. fam., 124; Lopes de Oliveira, 87. Anders Pontes de Miranda VII, 370. Er zitiert Baudry-Lacantinerie und Houques-Fourcade, Traité théorique et pratique, Paris 1900, II, 279, wonach das Gericht "ne pourrait procéder alors que par vois (sic) de contestation, et non d'annulation proprement dite"; auf S. 372 verweist er auf Art. 2 I c.p.c. a.F. (Art. 4 I n.F.). Die dort behandelte Klage (ação declaratória) hat aber kein darauf zugeschnittenes Verfahren. Für Deutschland, vgl. KG StAZ 1958, 207 f.; Palandt-Diederichsen, § 11 EheG Anm. 5 d; Einf. 1 a vor § 16 EheG.

b) Nichtbeachtung der gesetzlichen Formvorschriften über die Eheschließung

Zunächst stellt sich die Frage, welche Formvorschriften zwingend sind. Die Normen, die sich speziell mit der Eheschließung befassen, sind die Art. 192-201 c.c. Die Nichtbeachtung der Art. 192-194 und 198-200 führt nach überwiegender Ansicht zur Nichtehe[1]. Art. 192 c.c. spricht vom zuständigen Beamten, der als Verhandlungsleiter[2] die Eheschließung vorzunehmen hat. Das ist gewöhnlich ein Richter[3], muß es aber nicht sein, da die Kompetenz bei den einzelnen Bundesstaaten liegt, welche die Verhandlungsleitung als administrative Aufgabe regeln[4]. Art. 193 c.c. befaßt sich mit der Sicherstellung der Öffentlichkeit bei der Eheschließung, ebenso Art. 194 c.c., der zudem das Zeremoniell, einschließlich der Formel festlegt. Die Art. 198-200 c.c. schreiben das Verfahren für Eheschließungen in besonderen Notfällen vor.

aa) Reichweite des Art. 208 c.c.

Durch Art. 208 S. 1 c.c., der besagt, daß die vor einer unzuständigen Behörde geschlossene Ehe nichtig ist, erfährt die Aussage, daß die Nichtbeachtung der Art. 192 ff. c.c. zur Nichtehe führe, eine Einschränkung. Art. 208 S. 1 c.c. verweist auf die Verfahrensvorschriften für die Eheschliessung, Art. 192, 194, 195 und 198 c.c.

Über die Reichweite des Art. 208 c.c. besteht keine Einigkeit. Überwiegend wird angenommen, daß die Norm nur die Un-

---

1) Bevilaqua, Dir. fam., 124 N 6: "radikal nichtig". Nicht vollständig dagegen Daibert, 105, der nur die Art. 192 bis 194 c.c. in Anlehnung an de Barros Monteiro, 67, aufführt.

2) Sinnvolle Übersetzung bei Bergmann, 19.

3) Garcez Filho I, 174; Lopes de Oliveira, 62; Pontes de Miranda VII, 234.

4) Bergmann, 19 N 1; Garcez Filho I, 173 ff.; de Sá Pereira, 177.

zuständigkeiten ratione loci und ratione personae erfasse[1]. Eine Mindermeinung wendet Art. 208 S. 1 c.c. dagegen auch auf die Unzuständigkeit ratione materiae an[2]. Diese Auffassung wird damit begründet, daß es nur darauf ankomme, die Eheschließung vor einem Beamten - Organ der staatlichen Gewalt - abzugrenzen von solchen Trauungsakten, die vor einem Priester - Exponent der Kirche - oder vor einer beliebigen Privatperson vorgenommen werden, denn die letzteren stünden nicht stellvertretend für eine Behörde, wie sie von der Norm verlangt wird[3].

bb) Vertrauensschutz und Analogie zu Art. 208 c.c.

Andere wollen das Vertrauen der im guten Glauben an die sachliche Zuständigkeit des "Standesbeamten" Heiratenden schützen, vorausgesetzt daß überhaupt so etwas wie eine zivile "Trauungszeremonie" stattgefunden hat[4]. Danach bleiben Eheschließungen, die im guten Glauben an die Zuständigkeit der Kirche oder beliebiger Dritter vorgenommen werden, vom Begriff der Nichtehe ausgenommen. Das gilt auch für "Eheschließungen", die lediglich im häuslichen Bereich vorgenommen werden, wie etwa bei den "Vertragsehen", die in Wahrheit nichts anderes sind als Konkubinate[5].

---

1) So die Rechtsprechung des STF, vgl. Falcão, Rev. Forense 98, 614; Gomes, Dir. fam., 1. Aufl. 1968, 62; Lopes de Oliveira, 87; Pontes de Miranda VII, 233 f.: seiner Meinung nach ist auch der Regelungsbereich für die örtliche Zuständigkeit klein, weil die Kompetenz der Richter (juízes de casamento) universell sei; TJSP Urt. v. 15.2.1943, Rev. Trib. 145, 207 ff.; Urt. v. 4.12.1940, Rev. Trib. 130, 123 ff.

2) de Sá Pereira, 8, 145, 173 ff. (177); da Silva Pereira, Instituições, 87; Silveira, 73.

3) de Sá Pereira, siehe oben N 2.

4) Silveira, 73, 80 ff.; de Faria Coelho, 97 ff.; Daibert, 108; Rodrigues, 82 ff.

5) Siehe dazu unten S. 149 f. N 1.

Deshalb schlagen einige Autoren vor[1], den guten Glauben der Nupturienten an die sachliche Zuständigkeit des Beamten im Wege einer Analogie zu Art. 208 S.1 c.c. zu berücksichtigen. Nach dieser Norm besteht für die Betroffenen die Chance, daß der rechtliche Mangel der entsprechend Art. 208 S.1 c.c. nichtigen Eheschließung nach Ablauf von zwei Jahren geheilt wird, wenn sich gem. Art. 208 S.2 c.c. zwischenzeitlich niemand auf die Nichtigkeit berufen hat.

Da das Vorliegen des guten Glaubens an die sachliche Zuständigkeit des Beamten in aller Regel mit dem Vertrauen der Heiratswilligen auf die Wirksamkeit ihrer Eheschließung verknüpft ist, kann zudem Art. 221 c.c. eingreifen, der die Putativehe normiert. Danach führt der gute Glaube der Parteien dazu, daß die nichtige Ehe wenigstens bis zum gerichtlichen Auflösungsurteil volle Wirksamkeit entfaltet und nur für die Zukunft entfällt[2], unbeschadet der bereits erwähnten Chance der Konvalidation nach Art. 208 c.c.

Diese Auffassung ist enger als jene, die Art. 208 S.1 c.c. unmittelbar auf die sachliche Unzuständigkeit anwendet und die nicht nach dem guten Glauben der Nupturienten an die Kompetenz des Beamten fragt. Natürlich kann auch in diesem Fall eine im guten Glauben geschlossene "Ehe" über Art. 221 c.c. privilegiert werden.

cc) Die französische und deutsche Lösung

Die französische Rechtsordnung zeigt sich flexibler als die brasilianische, wenn es um die Behandlung der vor einem sachlich unzuständigen Beamten vorgenommenen Eheschließung geht. Man unterstellt sie den nullités absolues[3], nicht

---

1) Siehe dazu oben S. 57 N4.

2) Garcez Filho I, 180; Silveira, 10, 127 ff.

3) Planiol-Ripert-Boulanger, 523; Aubry-Rau-Esmein, 103 f.; Marty-Raynaud, 603 f.

aber, wie in Brasilien von der überwiegenden Meinung in Anlehnung an frühe französische Vorbilder[1] heute noch vertreten wird, der Kategorie der Nichtehe (mariage inexistant).

Auch das deutsche Recht kennt das Problem der Eheschließung vor dem sachlich unzuständigen "Standesbeamten"[2]. Es statuiert die Nichtehe in einem solchen Fall nach § 11 I EheG, der besagt, daß eine Ehe nur zustandekommt, wenn die Eheschliessung vor einem Standesbeamten stattgefunden hat. Aufgrund von § 11 II EheG ist aber eine Heilungsmöglichkeit vorgesehen, wenn jemand bei der Eheschließung das Amt eines Standesbeamten öffentlich ausgeübt hat, ohne Standesbeamter zu sein, und die Ehe in das Familienbuch eingetragen hat. Die Heilung führt zur vollen Wirksamkeit der Ehe sogar dann, wenn alle Beteiligten bösgläubig waren[3].

Auf den guten Glauben kommt es in Frankreich und in Deutschland demnach bei der Abgrenzung von Nichtehe und nichtiger Ehe nicht an. Er spielt nur als Voraussetzung der Putativehe (Art. 201 f. code civil) eine Rolle[4] bzw. bei der Regelung der vermögensrechtlichen Beziehung im Zusammenhang mit einer nichtigen Ehe gem. § 26 EheG.

dd) Stellungnahme

In Brasilien würde sich die Aufgabe der Kategorie der Nicht-

---

1) Vgl. oben S. 54 N 3.

2) Dölle, 206 m.w.N.; Neuhaus, FamRZ 1972, 66; Thomas, 95; Palandt-Diederichsen, § 11 EheG Anm. 5; Bergmann, 21.

3) Palandt-Diederichsen, § 11 EheG Anm. 4.

4) Siehe dazu Ferid II, 4 B 55, der den Hintergrund um die Auseinandersetzung im Hinblick auf die Abgrenzung von Nichtehe und nichtiger Ehe mit einem Satz zusammenfaßt. Ihm zufolge liegt die praktische Bedeutung der Unterscheidung in der Möglichkeit, zu einer Putativehe zu gelangen; vgl. auch seine Ausführung auf S. 1166 N 32.

ehe und die stärkere Berücksichtigung des Vertrauensschutzes vielfach als begrüßenswerte sozialintegrative Maßnahme auswirken, von der all jene Paare profitieren würden, deren Verbindungen (unfreiwillige) Konkubinate darstellen[1]. Häufig sind die Betroffenen nicht verantwortlich zu machen für ihre rechtsfehlerhaften Eheschließungen. In Brasilien und in den übrigen lateinamerikanischen Ländern führen viele Gründe zur Verkennung der Bedeutung der Eheschließungsformalitäten, deren Beseitigung weniger in der Macht des einzelnen liegt, als vielmehr in der Regelungskompetenz des Staates. Solche Gründe sind: wirtschaftliches Unvermögen, Unkenntnis der gesetzlichen Bestimmungen, die auf einen geringen Bildungsgrad zurückzuführen ist, ferner administrative Unzulänglichkeiten, wie beispielsweise die Unerreichbarkeit der zuständigen Beamten, die in den Provinzen mit ihren gigantischen Ausmaßen und vergleichsweise schwachen Verwaltungsstrukturen besonders akut sein kann, und schließlich die Unzulänglichkeit der Behörden selbst[2].

Gerade deshalb stehen öffentliche Belange im Zusammenhang mit der Eheschließung und die bedingungslose Verurteilung solcher Trauungen, die unter Verletzung administrativer Zuständigkeiten zustandegekommen sind, nicht allein zur Debatte. Nicht minder wichtig ist das Schicksal der Nupturienten, deren rechtlicher und sozialer Status sowie die Zukunft der aus solchen Verbindungen hervorgehenden Kinder. Es kann einem Paar nicht der eherechtliche Schutz allein deswegen vorenthalten werden, weil eine Zuständigkeitsfrage nicht korrekt gesehen wurde, weil der Verhandlungsvorsitzende über die Grenzen seiner Kompetenz im unklaren war oder etwa, weil die Heiratskandidaten nicht über die Voraussetzungen verfügten, um die Mängel zu erkennen, die dem staatlichen Organ verborgen blieben.

---

1) Siehe dazu unten S. 124 ff.

2) Thomas, 74, unter Berufung auf Arraros, J.Fam.L. 3 (1963) 333; Gonzales Montolivo, Rev. Jurpr. Peruana 1960, 11. Ferner: Dunshee de Abranches, Jornal do Brasil v. 14.7.1976, 11; Jornal do Brasil v. 26.9.1976, 8; de Moura Bittencourt I, 28; siehe dazu auch unten S. 128 ff.

Wie gezeigt, erlaubt das brasilianische Eherecht über Art. 208 c.c. einen Teil der fehlerhaft zustandegekommenen Verbindungen im Wege der nach Art. 208 S.2 c.c. möglichen Konvalidation vor dem "Abgleiten" in den Bereich des Konkubinates zu retten. Auch die rechtsvergleichende Orientierung an der neueren französischen Rechtsentwicklung und am deutschen Recht, das die besondere Lösung des § 11 II EheG bietet, kann nützliche Impulse bei der Suche nach einer weniger starren Handhabung des Problems bringen, das von der zur Zeit in Brasilien vorherrschenden Auffassung nach den Grundsätzen der Nichtehe behandelt wird[1].

c) Offener Dissens der Nupturienten

In Anlehnung an das französische Vorbild hat man im brasilianischen Schrifttum auch den Fall des fehlenden Ehewillens der Parteien der Kategorie der Nichtehen zugeordnet. Es ist aber zu bemerken, daß diese rechtliche Würdigung in Frankreich längst aufgegeben worden ist und daß die absence de consentement als Beispiel der nullité absolue gilt. Art. 146 code civil besagt: "Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement." Die Norm, deren Wortlaut sowohl im Sinne einer Nichtehe (pas de mariage) als auch einer nicht gültigen, mithin nichtigen Ehe auslegungsfähig ist, kann unter Berücksichtigung des Art. 184 code civil nunmehr nur im zweiten Sinne interpretiert werden[2]. Die Vorschrift findet sich in Kapitel IV (Des deman-

---

1) Andere lateinamerikanische Länder, z.B. Kuba, Guatemala, Panama, haben für die faktischen Verbindungen, die oftmals ohne jede Art von religiösen oder zivilen Solennisierungsakten zustandegekommen sind, die Reglementierung als (formlose) Ehen (uniones de hecho) eingeführt, vgl. dazu die rechtsvergleichende Untersuchung von Thomas, Formlose Ehen, 73 ff.

2) Theorie und Praxis waren sich darin früher nicht einig. Vgl. dazu Planiol-Ripert-Boulanger, 517 N 2, 518. Mit der Änderung des Art. 184 code civil per Gesetz vom 19.2.1933 wurde die Rechtsprechung bestätigt; Cangardel, 28; Marty-Raynaud, 602; Raymond, 69; zweifelnd: Baudry-Lacantinerie-Bonnecasse, 178.

des en nullité de mariage) des V. Titels (Du mariage). Darin wird unter anderen Normen auch auf Art. 146 code civil verwiesen, so daß davon auszugehen ist, daß der fehlende Ehewille nach französischem Recht zu einer nichtigen Ehe führt.

Das Fehlen der Einwilligung kann verschiedene Ursachen haben. Es kann auf tatsächliche oder rechtliche Einwilligungsunfähigkeit zurückzuführen sein; es kann Taubstumme ebenso betreffen wie Geisteskranke jeder Art, kann sich auf Nichtheiratsfähige beziehen oder auf Willenserklärungen, die unter Gewaltandrohung oder mit Gewalt oder unter Suggestion abgegeben worden sind. All diese Fälle werden von Art. 183 Nr. IX bis XII c.c. erfaßt und stellen relative Ehehinderungsgründe dar[1]. Einwilligungen, die aufgrund irriger Vorstellungen abgegeben wurden, sind nach Art. 218 f. c.c. zu beurteilen[2]. Somit bleiben nur jene Sachverhalte für eine Prüfung übrig, bei denen die eherechtlich erforderlichen Willenserklärungen verweigert werden.

Es ist vorgeschlagen worden, diese Fälle über die Anfechtung wegen Willensmängeln zu lösen[3]. Dann müßte man folgerichtig vom Bestehen einer nichtigen Ehe ausgehen, obgleich nur ein Teil oder gar niemand zugestimmt hat. Dieses unbefriedigende Ergebnis kann gem. Art. 197 c.c. vermieden werden. Die Vorschrift ordnet an, daß die Eheschließungszeremonie sofort zu unterbrechen ist, wenn eine Partei die feierliche Einwilligungserklärung verweigert (Nr. I), erklärt, daß diese nicht freiwillig sei (Nr. II) oder sich unschlüssig zeigt (Nr. III). Dadurch kann die Eintragung in das Standesregister gar nicht erst erfolgen[4]. Eine dennoch

---

1) Siehe dazu unten S. 63 ff. (77 ff.).

2) Zur Irrtumsanfechtung siehe unten S. 82 ff.

3) Gomes, Dir. fam., 104.

4) de Faria Coelho, 24; de Sá Pereira, 147.

pflichtwidrig vorgenommene Eintragung bleibt im Wege der Nichtigkeitsklage angreifbar[1].

d) Ergebnis

Es zeigt sich, daß die für die Nichtehe angeführten drei "klassischen" Beispielsfälle (Gleichgeschlechtlichkeit, Nichtbeachtung der gesetzlichen Formvorschriften über die Eheschließung und offener Dissens der Nupturienten) ohne Rückgriff auf die Rechtsfigur des matrimonium non existens gelöst werden können.

2) Die nichtige Ehe

a) Ehehindernisse

Art. 207 c.c. erklärt die unter Verletzung von Art. 183 Nr. I bis VIII c.c. zustandegekommenen Ehen für nichtig. Häufig werden die hierbei aufgestellten Eheverbote als "absolute Ehehindernisse" bezeichnet, im Gegensatz zu den "relativen", die Art. 183 Nr. IX bis XII c.c. enthält[2].

Es finden sich auch andere Begriffe, die eine Zweiteilung des Art. 183 c.c. hinsichtlich seiner Rechtswirkungen veranschaulichen sollen. Man spricht dabei von "Eheunmöglichkeits- und Eheverbotsgründen"[3]. Die erste Gruppe wird wiederum unterteilt in Unmöglichkeitsgründe öffentlichen Rechts (impedimenta dirimentia juris publici) und solche privaten Rechts (impedimenta dirimentia juris privati)[4].

---

1) Daibert, 108; de Faria Coelho, 24; Garcez Filho I, 173 f.; Pontes de Miranda VII, 237, 371 ff.; VIII, 13.

2) Lopes de Oliveira, 84; Pontes de Miranda VII, 216 f.

3) Gomes, Dir. fam., 91 (impedimentos dirimentes e proïbitivos). Er zitiert Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. IV, Familienrecht, 53.

4) Pontes de Miranda VII, 213 ff. Die Unmöglichkeitsgründe öffentlichen Rechts sollten besser in Unmöglichkeitsgründe öffentlichen Interesses umbenannt werden, um Mißverständnissen bezüglich ihrer Rechtsnatur vorzubeugen.

Diese Bezeichnung orientiert sich daran, ob die Unmöglichkeitsgründe im öffentlichen Interesse oder im privaten Interesse der Nupturienten oder Dritter bestehen. Die erste Gruppe von Ehehindernissen gem. Art. 183 Nr. I bis VIII c.c. führt zur grundsätzlich unheilbaren Nichtigkeit nach Art. 207 f. c.c., in den Fällen des Art. 183 Nr. IX bis XII c.c. ergibt sich dagegen die grundsätzlich heilbare Anfechtbarkeit laut Art. 209 ff. c.c.

Die Eheverbotsgründe aus Art. 183 Nr. XIII bis XV c.c. beziehen sich zwar auch auf die Eheschließung, berühren aber die Gültigkeit der unter Mißachtung dieser Normen geschlossenen Ehen nicht, wie sich schon aus den als Strafbestimmungen (disposições penais) bezeichneten Regelungen der Art. 225 ff. c.c., insbesondere aus Art. 226 c.c., ergibt, wonach eine normwidrig zustandegekommene Eheschließung bestimmte güterrechtliche Konsequenzen nach sich zieht. Die Ehe wird in ihrem Bestand also nicht berührt. Dagegen entfällt die Ehe im Falle der durch Urteil ausgesprochenen Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit rückwirkend.

Die Klassifizierung der in Art. 183 c.c. geregelten Fälle verfolgt nicht nur den Zweck, die Rechtsfolgen begrifflich zu erfassen, sondern auch zu verdeutlichen, welche Personen sie auslösen können. Die "absoluten" Ehehindernisse können laut Art. 189 c.c. außer vom Registerbeamten und vom Verhandlungsleiter von jedem Volljährigen unter Erfüllung der weiteren Voraussetzungen von Nr. III sowie des einzigen Paragraphen dieser Vorschrift geltend gemacht werden. Die nachträgliche Nichtigkeitserklärung kann überdies von jedem Interessierten und dem Vertreter des öffentlichen Interesses (Ministério Público) laut Art. 208, einziger Paragraph, c.c., beantragt werden.

Die "relativen" Ehehindernisse können zwar auch von den in Art. 189 c.c. bezeichneten Personen ins Feld geführt werden[1], doch kann die (spätere) Annullierung der Ehe nur von

---

1) Zum Verfahren, vgl. Art. 191 c.c., das streng zu trennen ist von dem Prozeß um Nichtigkeit, Aufhebbarkeit oder Anfechtung nach Eheschließung gem. Art. 207 ff. c.c.

einem relativ kleinen Personenkreis betrieben werden, vgl. Art. 210 ff. c.c.

Es zeigt sich, daß die "absoluten" und "relativen" Ehehindernisse nicht zu verwechseln sind mit den Gründen, die eine "absolute" oder "relative" Heiratsunfähigkeit bewirken. Das kann anhand von Art. 183 Nr. VI c.c. verdeutlicht werden, der sowohl ein "absolutes" Ehehindernis aufstellt als auch die "absolute" Heiratsfähigkeit einer bereits verheirateten Person ausschließt, während die Fälle aus Art. 183 Nr. I-V, VII und VIII c.c. ebenso "absolute" Ehehindernisse statuieren, dabei aber Beispiele "relativer" Heiratsfähigkeit sind, da die betroffenen Personen zwar nicht miteinander, wohl aber mit Dritten, die jene gesetzlich spezifizierten Eigenschaften nicht besitzen, die Ehe eingehen dürfen. Umgekehrt findet man in der Gruppe der "relativen" Ehehindernisse die Fälle des Art. 183 Nr. XI und XII c.c., die abgesehen von den Ausnahmen in den Art. 214 und 215 c.c. grundsätzlich Beispiele "absoluter" Heiratsunfähigkeit liefern.

Die "absoluten", zur Nichtigkeit der Ehe führenden Hindernisse des Art. 183 c.c. im einzelnen:

Nr. I: Verwandtschaft in gerader Linie, sei sie ehelich oder unehelich, natürlich oder bürgerlich

In den Art. 330 ff. c.c. sind die verschiedenen Fälle von Verwandtschaft niedergelegt. Eine ehelich begründete Verwandtschaft besteht im Falle einer nichtigen Ehe solange als das Urteil, das die Nichtigkeit ausspricht, noch nicht ergangen ist. Dann aber werden die Verwandtschaftsbeziehungen mit Wirkung ex tunc aufgelöst. Die Kinder gelten dann als nichtehelich[1].

Da die Vaterschaftsfeststellung dabei nur im engen Rahmen

---

1) Vgl. Art. 217, 221, 337, 367, 405 c.c.

des Art. 405 c.c. zugelassen[1] wird und nur Rechtswirkung für die Unterhaltsgewährung, keinesfalls aber für weitere familien- oder erbrechtliche Ansprüche[2] hat, kann das zu seltsamen Konsequenzen führen: Folge der strengen Regel, die eine Vaterschaftsfeststellung aus "moralischen Gründen" ausschließt[3], ist, daß der Beweis der Verwandtschaft im Wege der Anerkennung oder Vaterschaftsklage nicht erbracht werden darf. Demzufolge kann die Tochter ihren natürlichen Vater ehelichen, solange ein Nachweis der Blutsverwandtschaft nicht vorliegt. Nach Art. 358 c.c., wonach Kinder aus inzestuösen und grundsätzlich auch aus ehebrecherischen Beziehungen nicht anerkannt werden dürfen und als Folge der laut Art. 405 c.c. allein auf die unterhaltsrechtliche Seite der Vaterschaft begrenzten "Anerkennung", nimmt sich das Gesetz selbst die Kontrollmöglichkeit, die es sonst im Hinblick auf die Überprüfung der verwandtschaftlichen Beziehungen der Nupturienten haben würde. Stattdessen eröffnen sich nur "Umwege" zur materiellen, aber eben nur inzidenten Of-

---

1) Das Gesetz unterscheidet zwischen einem Kindschaftsverhältnis aus nichtiger Ehe und aus unsittlicher Verbindung. Gemeint sind also Beziehungen, denen die Art. 207 u. 208 c.c. Rechtswirkung versagen. Unsittliche Verbindungen sind jene, denen die absoluten Ehehindernisse von Art. 183 I bis VI c.c. entgegenstehen, mithin nicht alle, die unter die "absoluten" Ehehindernisse von Art. 183 I bis VIII c.c. fallen, da Art. 363 c.c. ausdrücklich die Anerkennung der Vaterschaft im Klagewege in den Fällen von Art. 183 VII u. VIII c.c. unter den dort aufgestellten weiteren Bedingungen ausnahmsweise zuläßt. Die Tatbestandsmerkmale "unsittliche Verbindung" sind in Art. 405 c.c. enger zu verstehen als in Art. 207 c.c., der alle nichtigen Ehen gem. Art. 183 I bis VIII c.c. erfaßt, vgl. aber Bergmann, 18. Allerdings wird das in den Art. 358, 364 c.c. ausgesprochene Anerkennungsverbot durch die Sonderregelung der Anerkennung unehelicher Kinder, Gesetz Nr. 883 v. 21.10.1949 durchbrochen (deutsche Übersetzung bei Bergmann, 32 f.), so daß grundsätzlich nur Art. 183 I bis V c.c. eine Anerkennung ausschließt. Wieder anders gestaltet sich die Sachlage im Falle nichtiger, doch aufgrund guten Glaubens lediglich vernichtbarer Ehen gem. Art. 221 c.c. Bis zur Aufhebung entfaltet die Putativehe alle Rechtswirkungen einer gültigen Ehe. Die Ehelichkeit der Kinder aber bleibt unberührt, da Silva Pereira, Instituições, 99.

2) Bevilaqua, Dir. fam., 385; de Barros Monteiro, 266; Garcez Filho I, 172.

3) Pontes de Miranda IX, 83, spricht dabei von "Skandalvermeidung"; Daibert, 218; Garcez Filho I, 76.

fenlegung der Abstammungsverhältnisse[1]. Die "öffentliche Moral", deren Beachtung dazu führt, daß man blutsmäßigen Verwandtschaftsbeziehungen die Anerkennung versagt, steht den dadurch erleichterten, gleichfalls als unsittlich empfundenen Eheschließungen machtlos gegenüber. Diese "öffentliche Moral" müßte folgerichtig auch die Mutterschaft immer ignorieren, wenn sie Ergebnis einer unsittlichen Verbindung ist. Diesen "Konflikt mit der Natur" hat der brasilianische Gesetzgeber jedoch zu Lasten der Schlüssigkeit seiner eigenen Position, die für Art. 358 c.c. verantwortlich war, offenbar vermeiden wollen, indem er die Art. 356, 364 c.c. schuf. Danach darf zwar die uneheliche inzestuöse Mutterschaft einer unverheirateten Frau ebensowenig festgestellt werden wie die ehebrecherische einer verheirateten, doch kann im übrigen die Mutterschaft, wenn sie aus der Geburtsurkunde des Kindes hervorgeht, nur angefochten werden, wenn die Unrichtigkeit der Urkunde oder der in ihr enthaltenen Erklärungen bewiesen wird, Art. 356 c.c. Das bedeutet, daß die Feststellung der Mutterschaft in solchen Fällen zugelassen wird, in denen die unverheiratete Mutter mit dem ehebrecherischen Vater das Kind gezeugt hat.

Nr. II: Schwägerschaft in gerader Linie, sei sie ehelich oder unehelich

Die Schwägerschaft, auch Affinität (afinidade) genannt, ist das zwischen einem Ehegatten und den Blutsverwandten des anderen bestehende Rechtsverhältnis. Ehehindernis ist nur die Schwägerschaft in gerader, also auf- und absteigender Linie. Somit ist eine Ehe zwischen Schwiegersohn und Schwiegermutter, Schwiegertochter und Schwiegervater, Stiefeltern und Stiefkindern nichtig. Nichtig sind auch die Ehen zwischen einem Ehegatten und den übrigen Aszendenten oder Deszendenten des anderen, nicht aber zwischen den Aszendenten oder Deszendenten eines Ehegatten mit jenen des anderen.

---

1) Vgl. die Beispiele bei Bergmann, 32 f. N 3. Art. 358 c.c. kann auch nicht dadurch umgangen werden, daß eine Anerkennung nach Art. 357 c.c., die für die übrigen nichtehelichen Vaterschaften vorgesehen ist, versucht wird; vgl. Pontes de Miranda IX, 74.

Das bedeutet, daß das Ehehindernis der Schwägerschaft niemals über die Person eines Ehegatten hinausgeht[1], oder - mit Hilfe der Verwandtschaftsgeometrie ausgedrückt - das Hindernis besteht nie zwischen beliebigen Punkten der durch die Ehe vermittelten Verwandtschaftsparallelen, sondern immer nur zwischen einem Punkt - dem einen Ehegatten - und den beliebigen Punkten auf der anderen Parallele, zu welcher der andere Ehegatte zählt[2]. Deshalb ist eine Verehelichung mit Geschwistern des vormaligen Ehepartners, einem nach landläufiger Vorstellung typischen Fall der Schwägerschaft, gestattet[3].

Die Schwägerschaft erlischt nicht mit Auflösung der sie begründenden Ehe, Art. 335 c.c.[4]. Fraglich ist, ob die Perpetuierung der Schwägerschaft auch nach Auflösung oder Anfechtung der Ehe und bei Vorliegen einer nichtehelichen Verbindung gegeben ist, da der Wortlaut des Art. 183 Nr. II c.c. nicht erkennen läßt, was unter einer "unehelichen" Verbindung zu verstehen ist. Es wird vertreten, daß darunter

---

1) de Barros Monteiro, 37; Garcez Filho I, 78, der allerdings auf den Nupturienten abstellt, obwohl er den Ehegatten meint, da Art. 183 Nr. II c.c. gerade eine die Schwägerschaft begründende Ehe voraussetzt.

2) Damit wird deutlich, warum die Schwägerschaft ein "unendliches" Hindernis genannt wird. Pontes de Miranda VII, 220: "in infinitum"; wohl ein Versehen bei Lopes de Oliveira, 34: "in finitum".

3) Diese Konstellation führte in vielen Rechtsordnungen Europas, so z.B. in Frankreich und England, noch zu Beginn dieses Jahrhunderts zu ungültigen Ehen. Siehe dazu Kipp-Wolff, 49. Es ist nur bedingt zutreffend, in der brasilianischen Regelung die Übernahme des katholischen, kirchenrechtlichen Vorbildes zu sehen. Nach kanonischem Recht macht Schwägerschaft in der Seitenlinie bis zum zweiten Grad die Ehe ungültig, wobei die Gradnähe des blutsverwandten Ehegatten bestimmt, Jone, 597 f. Hervorzuheben ist, daß das kanonische Recht einen vom römischen, brasilianischen und deutschen Recht verschiedenen Verwandtschaftsmaßstab verwendet, da es nicht die vermittelnden Geburten zählt, sondern die Geburten einer Linie (bei unterschiedlichen Längen, die der längsten) bis zum gemeinsamen Stamm; Garcez Filho I, 74; Bevilaqua, Dir. fam., 60. Im oben angeführten Beispiel - Verehelichung mit Geschwistern des vormaligen Ehegatten - liegt nach katholischem Kirchenrecht, can. 1.077 § 1, ein Fall der Eheungültigkeit vor, nicht aber nach römischrechtlicher Regelung, gemäß der nur die Schwägerschaft in gerader Linie ein Ehehindernis bildet, vgl. Kipp-Wolff, 48; anders in nachklassischer Zeit, vgl. Kaser, 231.

4) TARdJ Urt. v. 3.9.1943, Rev. Trib. 162, 291 ff. = Rev. Forense 103, 493 f.; Lopes de Oliveira, 34. Die Schwägerschaft sollte man zum besseren Verständnis nicht nur ein "unendliches" Ehehindernis nennen, sondern mit Rücksicht darauf, daß es nach Beendigung der Ehe fortbesteht, auch als ein "ewiges" Ehehindernis bezeichnen.

sowohl mit Rechtsmängeln behaftete Ehen[1] als auch Konkubinate[2] fallen. Dabei wird angeführt, daß die Norm einen "ethischen Auftrag"[3] erfülle, der darin bestehe, die Überschaubarkeit der verwandtschaftlichen Verhältnisse sicherzustellen, die durch familiäre Affinitäten zwischen Verschwägerten gefährdet werden könnten. Diese Auffassung setzt aber doch eine als eheliche zu wertende und als solche gewollte Verbindung voraus, da überall dort, wo die Beteiligten von der Ungültigkeit der Ehe wissen oder aber - wie häufig bei Konkubinaten - eine Ehe gar nicht erst gewollt haben, die Gefahr nicht gegeben ist, daß "verwandtschaftliche" Verhältnisse einem "ethischen Auftrag" zuwider begründet werden. Gegen die Einbeziehung der Konkubinate spricht auch, daß das Gesetz nicht rechtliche Konsequenzen aus Beziehungen ableiten kann, deren Existenz es im Eherecht ignoriert. Überwiegend wird heute unter "unehelicher Verbindung" nur noch die nichteheliche Abstammung eines Nupturienten vom (vormaligen) Ehegatten des anderen Nupturienten verstanden. Das bedeutet z.B., daß der uneheliche Sohn die Ehefrau seines Vaters nicht ehelichen darf[4]. Damit wird diesem Tatbestandsmerkmal eine völlig andere Bedeutung gegenüber früher gegeben, als man noch versuchte, die Konkubinate als Fälle von Art. 183 Nr. II c.c. zu erfassen[5].

---

1) Pontes de Miranda VII, 221, der selbst die Heirat zwischen Mann und lange nach Auflösung der Ehe geborener Tochter seiner ehemaligen Frau ablehnt; de Faria Coelho, 48, 351 ff.

2) Gomes, Dir. fam., 96, der sporadische Geschlechtsverbindungen ausdrücklich ausnimmt; Pontes de Miranda VII, 220 f.; zum Konkubinat siehe unten S. 96 ff. (106 ff.).

3) Jemolo, 107; Gomes, Dir. fam., 95.

4) de Barros Monteiro, 37; de Moura Bittencourt 1975, 98; de Faria Coelho, 49 f.; de Carvalho Santos IV, 39; im Ergebnis auch Rodrigues, 39.

5) Rodrigues, 3. Aufl. 1973, 38 f. Die früher überwiegend vertretene Auffassung entspricht der deutschen Regelung in § 4 II EheG a.F. Das Ehehindernis der "Geschlechtsgemeinschaft" ist aufgrund des Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14.6.1976 entfallen. Die Rechtslage in Deutschland entspricht damit derjenigen in Frankreich, vgl. Planiol-Ripert-Boulanger, 211: "L'alliance naît toujours du mariage. Le concubinage n'engendre aucune, du moins d'après la loi civile. Par conséquent, le mariage est possible entre deux personnes, quoique l'une ait eu entièrement des relations illicites avec l'ascendant de l'autre, quand bien même il en aurait eu des enfants..."; Ferid II, 4 B 51/52 m.w.N.

Nr. III u. V: Das Ehehindernis der Adoption

Die Adoption[1] entfaltet ihre prohibitiven Wirkungen sowohl im Verhältnis von Annehmenden und Angenommenen, Art. 183 Nr. I c.c. (bürgerliche Verwandtschaft), als auch gem. Nr. II zwischen Adoptanten und Ehegatten der Adoptierten sowie zwischen diesen und den Ehegatten der Adoptanten[2].

Gem. Art. 183 Nr. V c.c. kann der Adoptierte nicht die Ehe mit einem nachträglich geborenen Kind des Adoptivvaters oder der Adoptivmutter eingehen. Diese Regelungen sind Ausnahmen von dem im código civil zum Ausdruck gelangten Grundsatz, daß die Adoption nur im Verhältnis zwischen Annehmenden und Angenommenen ein Verwandtschaftsverhältnis begründet.

Umstritten ist, ob Art. 183 Nr. III u. V c.c. auch dann noch eingreift, wenn die Adoption aufgelöst wird[3]. Es wird hierzu vertreten, daß das Ehehindernis mit dem Erlöschen der

---

1) Das brasilianische Recht kennt zwei Arten der Adoption. Die Erste richtet sich nach Art. 368 ff. c.c., die Zweite nach dem Gesetz Nr. 4.655 vom 2.6.1965. Dieses Gesetz Nr. 4.655 führte die Adoptivlegitimation ein, die sich von der Adoption nach dem código civil besonders hinsichtlich des Status des Angenommenen unterscheidet. Dieser ist bis auf die erbrechtliche Stellung den ehelichen Kindern des Annehmenden gleichgestellt, Art. 9 § 2 des Gesetzes Nr. 4.655 i.V.m. Art. 1.605 c.c. Nicht zutreffend übersetzt und wiedergegeben bei Bergmann, 43 f. Im Gegensatz zur Regelung in Art. 378 c.c. sieht Art. 9 § 2 des Gesetzes Nr. 4.655 die vollständige Ausgliederung des Adoptierten aus seiner ursprünglichen Familie, mit Ausnahme der weiterbestehenden Hindernisse des Art. 183 c.c., vgl. Art. 6 § 3 des Gesetzes Nr. 4.655, vor und die Herstellung verwandtschaftlicher Bande mit der Familie des Legitimierenden. Eine gute Darstellung findet sich bei Gomes, Dir. fam., 318 ff., der ein früher Verfechter der Adoptivlegitimation ist. Er hat in seinem "Anteprojeto" die Art. 246 bis 248 der Adoptivlegitimation gewidmet, vgl. Anteprojeto, 63; Gomes-Carneiro, Reforma, 180 ff. Villela, 489, erkennt in der Adoptivlegitimation ein Zeichen eines allgemeinen Trends der "progressive disbiologization" im Eltern-Kind-Verhältnis.

2) Demnach können die Ehe eingehen: der überlebende Ehegatte des Annehmenden mit dem überlebenden Ehegatten des Angenommenen, ein Abkömmling des Annehmenden mit einem Abkömmling des Angenommenen sowie der Angenommene mit der Schwester des Annehmenden; Pontes de Miranda IX, 194.

3) Gem. Art. 373 f. c.c.

verwandtschaftlichen Beziehungen entfalle[1]. Nach anderer Auffassung soll dies auf Fälle nichtiger Adoptionen zu beschränken sein[2].

Man muß angesichts der verschiedenen Adoptionsarten unterscheiden, ob es sich um eine Adoption mit Wirkung nur inter partes und Möglichkeit der Aufhebung handelt oder ob eine Legitimationsadoption vorliegt. Im ersten Fall ist eine familienrechtliche und familiensoziale Verschmelzung nicht unmittelbare Konsequenz der Annahme. Die Aufhebbarkeit ist ein Gesichtspunkt, der von Anfang an der Beziehung einen vertraglichen Charakter verleiht, so daß sittlich oder psychologisch begründete Bedenken nicht eingreifen können. Nach Auflösung der Adoption stehen sich Adoptant und Adoptierter wie "zwei Fremde"[3] gegenüber; erst recht muß das zwischen diesem und den Familienmitgliedern des Annehmenden gelten.

Die Legitimationsadoption kennt keine Aufhebung. Sie kann nur im Falle der Nichtigkeit aufgelöst werden. In diesem Punkt besteht kein Unterschied zur Nichtigkeit der Adoption gem. Art. 368 ff. c.c. Eine Adoption, der die Rechtswirksamkeit versagt wird, kann keinerlei verwandtschaftliche Beziehungen begründen, so daß sie auch kein Ehehindernis darstellt.

Nr. IV: Das Ehehindernis in der Seitenlinie

Die Vorschrift umfaßt eheliche und uneheliche, voll- und halbbürtige Geschwister sowie eheliche und uneheliche Verwandte in der Seitenlinie bis zum dritten Grad einschließlich.

Das dem código civil zeitlich vorgelagerte Dekret Nr. 181 vom 24.1.1890 hatte schon einmal die Heirat zwischen diesen

---

1) de Faria Coelho, 46 f., 58 f.; Pontes de Miranda VII, 222; de Sá Pereira, 95 f.; a.A. Lopes de Oliveira, 36.

2) de Barros Monteiro, 38, 246 f.; Gomes, Dir. fam., 309.

3) de Sá Pereira, 96; anders Villela, 489 f.

Personen zugelassen. Auf Betreiben des Senats wurde der Entwurf des Art. 183 des código civil um die Regelung in Nr. IV ergänzt, wodurch den inzwischen gewonnenen wissenschaftlichen Erkenntnissen auf dem Gebiet der Genetik Rechnung getragen werden sollte[1]. Es scheinen aber auch andere Gesichtspunkte für die Einfügung der Nr. IV ursächlich gewesen zu sein. So findet sich in der Literatur die dem älteren französischen Schrifttum, insbesondere bei Portalis[2], entliehene Begründung des Ehehindernisses in der Seitenlinie, gemäß der die Pflichten des Onkels und die Fürsorge der Tante "ne pourraient presque jamais s'accorder avec les procédés moins sérieux qui précèdent le mariage et qui le préparent".

Die Regelung stieß auf Kritik, weil sie dennoch als zu unwissenschaftlich und zu sehr von religiösen und ethischen Postulaten bestimmt, empfunden wurde[3]. Die auf Prüfung des Einzelfalls gerichteten Gegenvorschläge fanden schließlich ihren Niederschlag im Dekret Nr. 3.200 vom 19.4.1941[4]. Danach ist heute die Eheschließung zwischen Onkel und Nichte, Tante und Neffen unter besonderen Voraussetzungen wieder erlaubt. Zur Eheschließung bedarf es einer Genehmigung, die nur aufgrund einer vorausgegangenen medizinischen und erbbiologischen Unbedenklichkeitsbescheinigung ergehen kann.

Nr. VI: Bigamie

Nach Art. 315 c.c. besteht die eheliche Gemeinschaft bis sie durch Tod des Ehegatten (Nr. I), gerichtliches Nichtigkeitsurteil oder Anfechtungsurteil (Nr. II) oder durch die einverständliche oder strittige Trennung (Nr. III) beendet wurde. Im letzten Fall aber bleibt das Eheband bestehen.

---

1) Pontes de Miranda VII, 222 ff.; de Sá Pereira, 94.

2) Zitiert bei Garcez Filho I, 79 f. Die Ehe zwischen Verwandten des dritten Grades ist in Frankreich gem. Art. 163 c.c. nichtig.

3) de Sá Pereira, 94 f.

4) Teilabgedruckt und übersetzt bei Bergmann, 17 N 2.

Der Tod des Ehegatten ist zu beweisen[1]. Eine Todesvermutung, wie sie das brasilianische Erbrecht in Ermangelung einer Todeserklärung kennt, reicht nicht aus[2]. Allerdings hat ein Gericht bei 40-jähriger Abwesenheit des ersten Ehemannes die Auflösung der zweiten Ehe seiner Frau ohne Rücksicht auf die Frage, ob der Nachweis seines Todes erbracht sei, allein deswegen nicht aussprechen wollen, weil es ein soziales Interesse an der Eheauflösung verneinte[3].

Eine Eheschließung vor Nichtigerklärung der ersten Ehe wird von einigen Autoren zwar nicht als nichtig, wohl aber als schwebend unwirksam gewertet[4]. Das heißt, daß die erste Ehe mit Rechtskraft des die Nichtigkeit aussprechenden Urteils rückwirkend unwirksam wird und sich die zweite Ehe zu voller Wirksamkeit entwickelt, obwohl sie unter Verletzung des Bigamieverbotes zustandegekommen ist. Demgegenüber kann eingewendet werden, daß eine nichtige Ehe bis zur Nichtigerklärung als wirksam zu betrachten ist und eine "Konvalidation" der zweiten Verbindung nicht erfolgen kann, da Art. 183 Nr. VI c.c. unmißverständlich vom Ehehindernis zwischen (noch) verheirateten Personen spricht[5]. In einer neueren Entscheidung hat das Oberste Bundesgericht sogar die Möglichkeit verneint, ein Verfahren wegen Nichtigerklärung der zweiten Ehe bis zur Entscheidung über die Wirksamkeit der ersten Ehe in einem weiteren Prozeß auszusetzen. Das Gericht hält zwar den entgegengesetzten Weg de lege ferenda für vorteil-

---

1) Art. 315, einziger Paragraph, i.V.m. Art. 10 S.2, 481 f. c.c.; vgl. auch bei Bergmann, 28 N 1.

2) TJSP Urt. v. 30.6.1964, Rev. Trib. 365, 112 f.; TJRGdS Urt. v. 16.11.1959, Rev. Forense 195, 269 f.; TASP Urt. v. 31.8.1950, Rev. Trib. 190, 707 ff. (Todeserklärung wurde durch hinreichende Beweise ersetzt); de Barros Monteiro, 39; Lopes de Oliveira, 37.

3) TJMT Urt. v. 18.5.1952, Rev. Trib. 211, 544 ff.

4) Pontes de Miranda VIII, 5; wohl auch Lopes de Oliveira, 37.

5) TJSP Urt. v. 8.7.1971, Rev. Trib. 432, 96 f.; Urt. v. 25.9.1961, Rev. Trib. 326, 239 f.; Daibert, 77; Gomes, Dir. fam., 97, der Enneccerus-Kipp-Wolff, Bd. IV, 80 ff., als Gegenansicht zitiert.

haft und verweist dabei auf die Regelungen in Art. 124 des italienischen und Art. 189 des französischen Zivilgesetzbuches, wonach vorab über die Wirksamkeit der ersten Ehe zu entscheiden ist. Weil aber nach brasilianischem Zivilprozeßrecht über präjudizielle Fragen nur inter partes zu entscheiden sei, könne man das Verfahren bis zur Feststellung der Gültigkeit der Ehe zwischen einer der Prozeßparteien und einem Dritten nicht aussetzen[1]. Daraus folgt, daß die zweite Ehe für nichtig erklärt werden kann, selbst wenn die Tatsachen, aus denen sich die Nichtigkeit der ersten ergibt, klar zutage treten und selbst wenn schon ein Verfahren wegen Nichtigerklärung der ersten Ehe schwebt.

Die zweite Auffassung scheint jedoch für die Fälle, in denen die zweite Verbindung im guten Glauben eingegangen worden ist (Putativehe gem. Art. 221 c.c.), keine befriedigende Lösung gefunden zu haben. Nach Art. 221 c.c. ist nämlich die zweite Ehe im Falle der Gutgläubigkeit der Parteien bis zur Nichtigerklärung vollwirksam, obwohl die erste Ehe noch besteht, deren Nichtigkeit wiederum noch nicht ausgesprochen wurde[2].

Zu einer Bigamie von Gesetzes wegen gelangen die Vertreter der erstgenannten Auffassung nicht, weil sie die zweite Ehe nur als schwebend unwirksam einschätzen[3]. Das Merkmal der schwebenden Unwirksamkeit aber ist nicht Tatbestandselement des Art. 221 c.c., gemäß dem eine Putativehe nur in den Fällen aufhebbarer und nichtiger Ehen vorliegen kann[4].

---

1) STF Urt. v. 20.5.1969, Rev. Trim. Jurpr. 51, 309 f.; Franceschini-de Salles Oliveira IV, 2224.

2) TJP Urt. v. 25.9.1961, Rev. Trib. 317, 572 f.; Urt. v. 18.1.1960, Rev. Trib. 293, 633 f.

3) Wohl auch Pontes de Miranda VII, 229, ohne Begründung. Soweit ersichtlich, ist die Rechtsstellung der aus solcher Verbindung hervorgehenden Kinder nicht untersucht worden. Folgerichtig müßte eine "schwebend unwirksame" Legitimität vertreten werden.

4) STF Urt. v. 23.8.1974, Rev. Trim. Jurpr. 71, 300 f. (ständige Rechtsprechung).

Nr. VII: Ehebruch

Die Fassung der Norm ist mißlungen. Es ist unklar, wer im Zusammenhang mit dem Ehebruch verurteilt sein muß, der ehebrecherische Gatte oder der Dritte. Unklar ist auch, ob der Ehebruch durch Strafurteil geahndet sein muß oder ob die Feststellung des Ehebruchs in einem Zivilurteil ausreicht[1]. Man ist sich einig, daß die weitere Eheschließung des ehebrecherischen Gatten, der verurteilt worden ist, mit dem Dritten verhindert werden soll. Daraus folgt, daß die Verurteilung des Ehegatten vorliegen muß. Würde man dagegen die Verurteilung des Dritten fordern, so könnte Art. 183 Nr. VII c.c. nicht in den Ehebruchsfällen eingreifen, in denen der "außenstehende" Dritte über den Zivilstatus des ehebrecherischen Gatten in Unkenntnis war. Man versteht das Merkmal "Mitschuldiger" im "untechnischen" Sinne als "particeps criminis"[2].

Die Verurteilung wird nach überwiegender Ansicht im technischen Sinne verstanden. Es genügt demnach nicht, wenn der Ehebruch im Trennungsverfahren festgestellt und die Identität des Dritten geklärt worden ist[3].

Rechtspolitisch ist die Regelung in Art. 183 Nr. VII c.c. umstritten. Sie kann nach Ansicht ihrer Kritiker nicht ver-

---

1) Nach Art. 240 c.p. ist Ehebruch für beide Teile strafbar. Nach früherer Regelung war der Ehebruch der Frau stets, der des Mannes aber nur dann strafbar, wenn er eine maîtresse (amante de casa posta) hatte, vgl. dazu de Carvalho Santos, Bd. IV, 43; Garcez Filho I, 85 f.; Bergmann, 17. Den Wertungsunterschied begründete man einst damit, daß die Gesellschaft den "Fehltritt" der Ehefrau mehr stigmatisiere als den des Mannes. Im Grunde gestand man ihm dadurch die Eingehung flüchtiger Verbindungen in unbegrenzter Zahl zu, solange sie nicht in dauerhafte Beziehungen umgewandelt wurden. Auch das weitere Argument, die Frau könne die "Frucht" einer ehebrecherischen Episode in die Ehe tragen, war nicht überzeugend, da die Zeugung unehelicher Kinder durch den Ehemann sozial auch mißbilligt wurde. Siehe auch oben S. 65 ff.

2) Garcez Filho I, 89; Gomes, Dir. fam., 98; Lopes de Oliveira, 38; Pontes de Miranda VII, 232; unentschieden: Daibert, 77; a.A. de Barros Monteiro, 40, der die strafrechtliche Verurteilung des Dritten verlangt.

3) de Faria Coelho, 91; Lopes de Oliveira, 38 f.; de Sá Pereira, 162; a.A. jetzt Gomes, Dir. fam., 98.

hindern, daß sich der wegen Ehebruchs Verurteilte dennoch mit dem Dritten zu einem Konkubinat zusammenfindet[1].

Nr. VIII: Mord und Mordversuch des Dritten[2]

Vor der Geltung des código civil verlangte Art. 7 § 4 des Dekretes Nr. 181 vom 24.1.1890 die Verurteilung des Ehegatten des Opfers wegen Beteiligung an der Straftat gegen das Leben.

Mit dem Inkrafttreten des código civil wurde eine strengere Regelung eingeführt. Die Verurteilung des Ehegatten ist nicht mehr erforderlich. Auf diese Weise will man auch dem hinsichtlich der Tat unschuldigen Ehegatten die Möglichkeit, den Täter zu ehelichen, verwehren. Man sieht in der Absicht, den Straftäter zu heiraten, eine stillschweigende Billigung des Verbrechens[3], die als unmoralisch verurteilt wird. Diese scharfe Regelung erfüllt außerdem einen kriminalpräventiven Zweck, indem sie demjenigen, der einen Ehegatten "aus dem Weg zu räumen" versucht, um danach dessen Partner heiraten zu können, jede Aussicht auf die Erreichung des Zwecks nimmt.

b) Weiterer Nichtigkeitsgrund: Art. 208 S.1 c.c.

Es ist bereits im Zusammenhang mit der Besprechung des Problemkomplexes Nichtehe gezeigt worden, daß Art. 208 S.1 c.c. Angelpunkt der Kontroverse um die Behandlung der verschie-

---

1) Daibert, 77; Gomes, Dir. fam., 98; Rodrigues, 43; de Sá Pereira, 162. Zum ehebrecherischen "Konkubinat" siehe unten S. 109.

2) Dieser Tatbestand wird zuweilen als "conjugicídio" bezeichnet, vgl. Garcez Filho I, 95. Das ist nicht zutreffend, da die Norm nicht die Folgen des Ehegattenmordes regelt. Die Heirat zwischen einer Person, die wegen eines am eigenen Ehegatten verübten derartigen Verbrechens verurteilt wurde, und dem Geliebten ist dagegen nicht ausgeschlossen.

3) Lopes de Oliveira, 39; de Barros Monteiro, 40.

denen Arten behördlicher Unzuständigkeit ist[1]. Man ist sich jedenfalls einig, daß die örtliche Unzuständigkeit ("incompetência ratione loci") einen Nichtigkeitsgrund darstellt[2].

3) Die aufhebbare Ehe

a) Ehehindernisse

Art. 183 Nr. IX-XII c.c. enthält, wie schon dargelegt[3], die "relativen" Ehehindernisse. Die Ehehindernisse im einzelnen:

Nr. IX: Zwang und Einwilligungsunfähigkeit

Wer seine Willenserklärung unter physischem oder psychischem Zwang (vis compulsiva)[4] abgegeben hat, kann diese anfechten. Eine entsprechende Regelung sehen Art. 98 ff. c.c. (Zwang) vor, die im Eherecht Anwendung finden[5]. Entgegen der Regelung in Art. 100 c.c., die Zwang verneint, wenn "einfache Ehrfurcht" (im wörtlichen Sinne) vorliegt, haben einige Gerichte sie dem Art. 183 Nr. IX c.c. unterstellt[6]. Bei diesen Entscheidungen handelte es sich - soweit erkennbar -

---

1) Siehe dazu oben S. 56 ff.

2) Das gleiche gilt auch für die "incompetência ratione personae", die vielfach als eigenständiger Fall der Unzuständigkeit behandelt wird, jedoch besser als ein Unterfall der örtlichen Unzuständigkeit qualifiziert würde. Daibert, 107, erwähnt sie deshalb erst gar nicht; ebenso TJMG Urt. v. 25.2.1960, Rev. Trib. 318, 540 ff. = Rev. Forense 197, 197 ff.; vgl. aber CAMT Urt. v. 1.3.1937, Rev. Trib. 119, 335; Lopes de Oliveira, 87; vgl. auch die Übersicht bei Franceschini-de Salles Oliveira I, 545 f.

3) Vgl. oben S. 63.

4) Nicht vis absoluta, TAMG Urt. v. 15.4.1940, Rev. Forense 83, 532 ff.

5) TJDF Urt. v. 24.6.1953, Rev. Forense 162, 197 ff.; Daibert, 93; de Barros Monteiro, 41; Franceschini-de Salles Oliveira I, 375.

6) TJDF Urt. v. 13.1.1949, Rev. Trib. 182, 950 ff.; Urt. v. 3.12.1948, Arch. Jud. 91, 366 ff.; Urt. v. 29.4.1953, Arch. Jud. 108, 104 ff.; dagegen: TJSP Urt. v. 16.12.1969, Franceschini-de Salles Oliveira IV, 2231; TJDF Urt. v. 20.10.1950, Rev. Trib. 214, 522 f. = Rev. Forense 134, 134 f.; Lopes de Oliveira, 93.

um Fälle übersteigerter Reverenz gegenüber elterlicher Autorität, begleitet von Merkmalen der vis compulsiva, deren Folge ein von Angst bestimmtes Verhalten ist[1].

Die Rechtsprechung hat Zwang bei Eheschließungen verneint, die zwischen Sexualtätern und ihren Opfern stattfinden, wenn diese einwilligen und jene hauptsächlich einer Kriminalstrafe entgehen wollen[2].

Einwilligungsunfähigkeit liegt bei Geisteskranken aller Art vor[3] sowie bei Taubstummen, die ihrem Willen nicht Ausdruck geben können[4].

Im Zusammenhang mit der Gruppe der Geisteskranken taucht die Frage auf, ob die während der lucida intervalla geschlossenen Ehen wirksam sind. Das Gesetz sagt dazu nichts aus. Zum Teil differenziert man zwischen Eheschließungen, die vor der Entmündigung und solchen, die danach stattgefunden haben. Im ersten Fall soll nach Prüfung des Einzelfalles bei erwiesener Lucidität die Eheschließung wirksam sein[5]. Überwiegend wird demgegenüber die Wirksamkeit der Eheschließung wegen des zu erwartenden Rückfalls in die geistige Umnachtung und den dann zu befürchtenden Proble-

---

1) de Barros Monteiro, 41; Franceschini-de Salles Oliveira I, 383 ff.

2) TJRdJ Urt. v. 24.8.1959. Rev. Trib. 295, 623 ff.; TJSP Urt. v. 12.8. 1955, Rev. Trib. 219, 130 ff. Siehe Art. 214 c.c., der die Heirat Eheunmündiger zur Vermeidung einer Kriminalstrafe erlaubt; siehe dazu auch unten S. 81.

3) TJSP Urt. v. 16.3.1948, Rev. Trib. 173, 720 ff.

4) de Faria Coelho, 147 f.; da Silva Pereira, Instituições, 92; Pontes de Miranda VII, 235. Nach Art. 5 II, III c.c. sind diese Personen auch absolut geschäftsunfähig. Einwilligungsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit sind mit der Ehefähigkeit (capacidade matrimonial bzw. idade nupcial), die vorliegen muß, damit überhaupt eine Einwilligung erteilt werden kann, nicht zu verwechseln. Gem. Art. 9 § 1 II c.c. wird eine minderjährige Person durch Heirat unbeschränkt geschäftsfähig.

5) Pontes de Miranda VII, 235 f.; da Silva Pereira, Instituições, 63.

men für das eheliche und familiäre Zusammenleben verneint[1], wobei auch der Gesichtspunkt des Vermögensschutzes zugunsten des Geisteskranken bei der Verneinung der Ehewirksamkeit mitschwingt, weil man verhindern will, daß Kranke aus wirtschaftlichem Interesse geehelicht werden[2].

Die Einwilligungsunfähigkeit der Verschwender ist bis zur Entmündigung gegeben[3]. Eine spätere Eheschließung ist aufhebbar.

Die Taubstummen, die ihrem Willen keinen unmißverständlichen Ausdruck geben können, sind außerstande, wirksame Ehen einzugehen. Ihre Willenserklärungen können damit auch nicht von dritter Seite, etwa durch den Vormund oder die Eltern ersetzt werden[4].

Die Aufhebung kann in den Fällen des Art. 183 Nr. IX c.c. von den in Art. 210, 178 § 5 Nr. II c.c. aufgeführten Personen betrieben werden.

Nr. X: Entführung

Eine recht dramatische Vorschrift macht die Heirat zwischen Entführer und Entführter anfechtbar. Ob diese Norm eigenen Stellenwert in der Praxis besitzt, ist zu bezweifeln, da das Schutzgut die freie Willensentschließung ist und Nr. IX sich bereits mit den Ehen beschäftigt, die unter Zwang zustandegekommen sind[5]. Doch auch in den Fällen, bei denen

---

1) TJDF Urt. v. 5.10.1948, zitiert bei de Faria Coelho, 152 f.; de Faria Coelho, a.a.O.; de Barros Monteiro, 42. Danach wird die Existenz von lucida intervalla überhaupt verneint. Es handele sich hierbei nur um inumbrata quies, die zum Syndrom der Geisteskrankheit gehöre; ferner: Bevilaqua, Dir. fam., 70 f.; Garcez Filho I, 103 ff.

2) Garcez Filho I, 105.

3) Ausführlich dazu de Faria Coelho, 145 f.

4) Bevilaqua, Dir. fam. 72.

5) Pontes de Miranda VII, 238; de Faria Coelho, 156 f.

ein tatsächlicher Zwang nicht feststellbar ist, wie er in Nr. IX vorausgesetzt wird, bliebe eine Vermutung für dessen Vorhandensein bestehen. Der brasilianische Gesetzgeber hat sich darüberhinaus für die Normierung einer unwiderleglichen gesetzlichen Vermutung für das Vorhandensein von Zwang während der Dauer der Entführung entschieden[1].

Nr. XI: Mangelnde Einwilligung der Vertretungsberechtigten

Ohne die schriftlich erteilte Einwilligung des Vaters, des Vormundes oder Pflegers sind die geschlossenen Ehen anfechtbar[2]. Nach Art. 185 c.c. ist bei ehelichen Kindern die Einwilligung beider Elternteile erforderlich; bei Adoptierten ergibt sich die Zuständigkeit des Annehmenden hierzu aus der väterlichen Gewalt (pátrio poder) gem. Art. 378 c.c. Wenn eine Einigung der Eltern nicht zustandekommt, so gibt der väterliche Wille den Ausschlag, und bei Ehetrennung oder aufgelöster Ehe entscheidet derjenige Elternteil, bei dem sich die Kinder befinden. Uneheliche Kinder bedürfen lediglich der Zustimmung desjenigen, der sie anerkannt hat, oder, wenn eine Anerkennung fehlt, der Zustimmung der Mutter, Art. 186 c.c.

Unter Pflegschaft gestellte Geisteskranke und Taubstumme bedürfen zur Eheschließung der Einwilligung ihrer Pfleger. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Heiratswilligen minderjährig oder volljährig sind. Art. 183 Nr. XII c.c. wird teilweise im Schrifttum auch auf Verschwender angewandt[3].

---

1) TJSP Urt. v. 13.11.1962, Rev. Trib. 347, 194 ff.; de Barros Monteiro, 42; de Carvalho Santos IV, 51; Garcez Filho I, 109, der die Widerleglichkeit bei Entführung mittels Versprechen und Überredung vertritt; kritisch hierzu de Faria Coelho, 159.

2) Siehe Art. 180 III c.c., der sich mit den Eheschließungsförmlichkeiten befaßt. Die Einwilligung ist beurkundet dem Beamten des Zivilstandsregisters vorzulegen.

3) Zwar ist die Heirat keines der in Art. 459 c.c. aufgezählten Rechtsgeschäfte, zu deren Vornahme Verschwender rechtlich außerstande sind, doch bringt sie güterrechtliche Entscheidungen mit sich, die das Vermögen berühren, vgl. de Barros Monteiro, 294; de Faria Coelho, 145 f.; da Silva Pereira, Instituições, 65.

Nach Art. 187 f. c.c. ist die Einwilligung bis zum Zeitpunkt der Eheschließung für die Vertretungsberechtigten widerruflich. Eine ungerechtfertigt verweigerte Einwilligung kann aber durch rechtsmittelfähige richterliche Entscheidung ersetzt werden. Die Anfechtung steht gem. Art. 212 c.c. den Vertretungsberechtigten zu, die weder ausdrücklich noch schlüssig - durch Anwesenheit bei der Trauung - zugestimmt haben.

Nr. XII: Altersgründe

Frauen unter sechzehn und Männer unter achtzehn Jahren können auch mit Einwilligung der Eltern nicht heiraten. Eine Ausnahme vom Alterserfordernis stellt Art. 214 c.c. dar, wenn trotz unzureichenden Alters geheiratet wird, um einer Kriminalstrafe vorzubeugen. Es handelt sich um Fälle von Sexualdelikten[1].

Die Norm hat infolge legislativer Veränderungen im Strafrecht weitgehend an Bedeutung verloren, da gem. Art. 23 c.p. Personen unter achtzehn Jahren strafrechtlich nicht verantwortlich sind. Ihnen drohen keine Kriminalstrafen, wie von Art. 214 c.c. verlangt wird, sondern Jugendstrafen[2]. Dennoch dehnt die Rechtsprechung Art. 214 c.c. auch auf die dem Jugendstrafrecht unterworfenen Personen aus, wenn ihnen die erforderliche Reife für die Ehe zuerkannt wird[3].

Eine weitere Ausnahme vom Alterserfordernis enthält Art. 215 c.c., der eine Aufhebung der Ehe verbietet, wenn Schwangerschaft eingetreten ist. Bemerkenswert ist dabei, daß das Alter der Parteien keine Rolle spielt, weil diese Norm allein den Schutz des Nachwuchses bezweckt[4].

---

1) de Carvalho Santos IV, 209; de Faria Coelho, 182.

2) Gem. Dekret Nr. 17.943-A v. 12.10.1927; Gesetz-Dekret Nr. 6.026 v. 24.11.1943; Gesetz Nr. 5.285 v. 10.4.1967, geändert durch Gesetz Nr. 5.439 v. 22.5.1968.

3) TJSP Urt. v. 11.3.1952, Rev. Trib. 200, 234 ff.

4) Rodrigues, 48.

Die Anfechtung der entgegen Art. 183 Nr. XII c.c. geschlossenen Ehen kann von den in Art. 213 c.c. benannten Personen betrieben werden.

b) Die Irrtumsanfechtung

Die Aufhebung der Ehe ist nach brasilianischem Recht ferner im Wege der Irrtumsanfechtung seitens eines Ehegatten nach Art. 218 ff. c.c. möglich, wenn zum Zeitpunkt der Eheschließung einer der in Art. 219 I-IV c.c. abschließend aufgeführten Irrtumsgründe vorliegt[1]. Ein solcher zur Irrtumsanfechtung berechtigender wesentlicher Irrtum ist gem. Art. 219 c.c.[2]:

Nr. I - ein solcher über die Identität eines Ehegatten, seine Ehre und seinen guten Ruf, wobei dieser Irrtum dergestalt sein muß, daß die nachträgliche Kenntnis dem anderen Ehegatten das Zusammenleben unerträglich werden läßt;

Nr. II - die Unkenntnis von einem entehrenden Verbrechen, das vor der Heirat begangen und wegen dessen durch ein endgültiges gerichtliches Urteil auf Strafe erkannt ist;

---

1) Die Auseinandersetzung mit der Irrtumsanfechtung ist bei einer vollständigen Betrachtung aller Möglichkeiten, die nach brasilianischem Recht zur Beendigung der ehelichen Gemeinschaft und zur Auflösung der Ehe führen, unerläßlich.

2) Die folgende Übersetzung der brasilianischen Bestimmungen ist teils Bergmanns "Ehe- und Kindschaftsrecht" entnommen, teils wegen sprachlicher Differenzen - sowohl im Portugiesischen als auch im Deutschen - Ergebnis eigener Bemühungen. Da eine umfassende Auseinandersetzung mit Übersetzungen, die in Deutschland gemacht worden sind, den Rahmen dieser Arbeit überschreiten würde, seien zur Begründung für gelegentliche Abweichungen vom Bergmannschen Standardtext nur einige Beispiele angeführt: Art. 219 c.c. enthält schon in der Originalfassung eine unnötige sprachliche Erschwerung der Aussage, indem er auf die "Identität des anderen Ehegatten" (identidade do outro cônjuge) abstellt und den verbleibenden Gatten nun nicht mehr alternativ, sondern nur noch deskriptiv als "den sich geirrt habenden Ehegatten" (cônjuge enganado) bezeichnen kann. Das

Nr. III - die vor der Heirat bestehende Unkenntnis eines unheilbaren körperlichen Gebrechens oder einer schweren und durch Ansteckung oder erblich übertragbaren Krankheit, welche die Gesundheit des anderen Ehegatten oder seiner Nachkommenschaft gefährden kann;

Nr. IV - die dem Ehemann unbekannte Defloration der Frau.

Die Regelung der Irrtumsgründe ist im Vergleich zur französischen Lösung, auf die vielfach im brasilianischen Schrifttum und der Rechtsprechung Bezug genommen wird[1], weitergehend.

aa) Die Irrtumsanfechtung nach französischem Recht

Gem. Art. 180 code civil wird in Frankreich nur ein Irrtumsgrund anerkannt, nämlich der Irrtum über die Person des anderen Gatten (l'erreur dans la personne). Danach ist selbst im Falle der Täuschung eine Anfechtung wegen eines Irrtums über die Eigenschaften des Ehepartners generell ausgeschlossen[2]. Somit erfaßt Art. 180 c.c. lediglich den Irrtum über

---

Wort "enganado" ist bei Bergmann mit "betrogen" übersetzt, obgleich nirgends verlangt wird, daß der "andere" Ehegatte diesen durch Tun oder Unterlassen (woraus ergäbe sich die Aufklärungspflicht im letzten Fall?) zu dem Irrtum veranlaßt haben muß; daß eine Täuschung gem. Art. 219 c.c. nicht vorzuliegen braucht, ergibt sich auch daraus, daß man eine Putativehe nach Art. 221 c.c. u.a. dann für möglich hält, wenn der Ehegatte, in dessen Person der Grund für den Irrtum des anderen liegt, guten Glaubens ist, vgl. dazu Pontes de Miranda VIII, 12. Auch Plácido e Silva, Vocabulário jurídico, Stichwort "engano", unterscheidet zwischen den zwei Formen: "engano" = Irrtum oder vorsätzliche Täuschung. - Ein weiteres Beispiel für anderes Textverständnis liefert die Bergmannsche Übersetzung von Art. 219 III c.c.: "defeito físico irremediável" ist nicht ein "körperlich unheilbares Gebrechen", sondern ein unheilbares körperliches Gebrechen. Dieser Unterschied ist wegen des Regelungsbereiches von Art. 219 III c.c. wichtig. Auch dem medizinisch nicht Vorgebildeten dürfte bekannt sein, daß z.B. die sexuelle Impotenz auch im Lichte psychosomatischer Vorgänge zu sehen ist und nicht allein physischen Heilungsversuchen überlassen wird. Die von Bergmann gebrauchte Übersetzung würde demnach den Irrtum über die Beiwohnungsfähigkeit unsachgemäß in seiner Reichweite beschränken.

1) Vgl. z.B. de Barros Monteiro, 78.

2) Planiol-Ripert-Boulanger, 461 ff.; Ferid II, 4 B 30; Dölle, 313 f.; Neuhaus, 352.

die Identität der Person, die sowohl im körperlichen als auch im zivilen Sinne verstanden wird (identité physique ou civile)[1]. Diese Beschränkung auf den Irrtum über die Person, die erstmals höchstrichterlich im Jahre 1862 ausgesprochen worden ist, sollte verhindern, daß das zu jener Zeit noch bestehende Scheidungsverbot[2] durch eine zu weite Auslegung des Art. 180 c.c., wie sie zum Teil im Schrifttum zu finden ist, unterlaufen würde[3]. Bemerkenswerterweise hat der Eigenschaftsirrtum, sofern er, wie wohl in den meisten Fällen, auf einer Täuschung durch Tun oder Unterlassen seitens eines Gatten beruht, nach der Wiedereinführung des divorce Berücksichtigung als Scheidungsmotiv der schweren Beleidigung gefunden, obwohl zwischenzeitlich die Voraussetzungen für die einstmals praktizierte restriktive Interpretation des Irrtums gem. Art. 180 c.c. entfallen sind[4]. Ferner wurde die dogmatisch klare Grenzziehung zwischen Eheaufhebungs- und Ehescheidungsgründen in diesem Punkt praktisch aufgegeben, da nunmehr der im Zeitpunkt der Eheschließung juristisch irrelevante Irrtum über die persönlichen Merkmale allein aufgrund der Täuschung, die diesen Irrtum verursacht hat, die also keine nach Eheschließung hinzugetretenen neuen Eigenschaften betrifft, zur Lösung des ehelichen Bandes führen kann[5].

bb) Weitergehende Kodifizierung in Brasilien

Der brasilianische Gesetzgeber hat durch die umfassendere Kodifizierung der Irrtumsgründe die Schwierigkeiten, die

---

1) Planiol-Ripert-Boulanger, 461 f., m.w.N.

2) Zur Geschichte des Scheidungsverbotes in Frankreich siehe oben S. 12 ff.

3) Planiol-Ripert-Boulanger, 461, 463; siehe dazu auch unten S. 87.

4) Ferid II, 4 B 30. Es zeigt sich, daß der vielzitierte Satz "en mariage, il trompe qui peut", vgl. Neuhaus, 352, nicht für die Zeit nach der Eheschließung zutrifft.

5) Zum Problem der Fungibilität von Eheaufhebung und Ehescheidung nach deutschem Recht im Hinblick auf den Eigenschaftsirrtum, siehe Höhne, 68 ff.; Neuhaus, 357 f.

durch die Nichtberücksichtigung des Eigenschaftsirrtums im Zusammenhang mit Art. 180 c.c. in Frankreich aufgetreten sind, vermeiden können. Durch die Einbeziehung des Eigenschaftsirrtums in die Kategorie der Gründe, bei deren Vorliegen die Ehe aufgehoben werden kann, wurde während der Geltung des Scheidungsverbotes in Brasilien außerdem eine weitere Möglichkeit für die Lösung des ehelichen Bandes anhand einer flexiblen und - wie noch zu sehen sein wird - großzügiger Interpretation zugänglichen Normierung geschaffen.

Nr. I 1.Alt.: Die Identität

Die Identität eines Ehegatten wird sowohl im physischen als auch im zivilen Sinne verstanden. Die zivile Identität drückt sich im gesellschaftlichen Konnex einer Person aus[1] und wird mit "dem Bündel an Attributen und wesentlichen Eigenschaften", mit denen sie im sozialen Bereich existiert, inhaltlich konkretisiert[2]. Mit Hilfe dieser Definition ist freilich für den Einzelfall nicht viel gewonnen, wie sich an der Vielzahl von Beispielen erkennen läßt, die zur Veranschaulichung des Irrtums über die zivile Identität eines Gatten zu finden sind, sowie an den im Schrifttum sonst nicht gerade üblichen Appellen an das Unterscheidungsvermögen, die Klugheit und Vorsicht der Richter, die über Eheaufhebungsklagen wegen Irrtums zu befinden haben[3].

Die konfessionelle Zugehörigkeit wird heute nicht mehr als wesentliche Eigenschaft einer Person anerkannt[4]. Ein Irrtum über den Zivilstand eines Gatten, der eine aufgelöste Ehe hinter sich hatte, wurde nicht als erheblich anerkannt, weil

---

1) de Faria Coelho, 203 ff.; Gomes, Dir. fam., 83; de Sá Pereira, 203.

2) Bevilaqua, Cód. civ. com., 86 f.

3) de Barros Monteiro, 77; de Faria Coelho, 213, 234.

4) STF Urt. v. 5.4.1954, Rev. Forense 159, 152; vgl. auch Franceschini-de Salles Oliveira I, 422.

er im rechtlichen Sinne ledig war[1]. Dabei machte es auch keinen Unterschied, daß aus der vorherigen Verbindung Kinder hervorgegangen waren[2]. Erfolglos blieb auch eine Klage nach Entdeckung der Tatsache, daß der Ehegatte zuvor in einem kinderlosen Konkubinat gelebt hatte[3]. Andererseits ist der Anfechtungsklage einer Frau stattgegeben worden, die erfuhr, daß ihr Ehemann aus einem früheren Konkubinat Kinder hatte[4].

Nr. I 2.Alt.: Ehre und guter Ruf

Die Grenzen zwischen einem Irrtum über die Ehre und den guten Ruf und einem solchen über die Identität des Ehegatten sind fließend. Das läßt sich anhand einer erfolgreichen Klage erkennen, bei der wegen eines Irrtums über die Ehrbarkeit einer weißen Ehefrau angefochten wurde, die aus einer nichtehelichen Beziehung zu einem "macumbeiro" Nachwuchs schwarzer Hautfarbe gebar[5].

Im Schrifttum finden sich Beispiele, bei denen der Irrtum eines ehrbaren Ehegatten über den sittlichen Lebenswandel des anderen zur Anfechtung berechtige, wobei die Beanstandungen über einzelne Vorwürfe wie Mangel an Fleiß, Unzuverlässigkeit, Spielleidenschaft oder Verheiratetsein (!) hinausgehen müssen[6]. Anerkannter Anfechtungsgrund ist die Homo-

---

1) Zur Auflösung der Ehe siehe oben S. 63 ff.

2) TADF Urt. v. 8.8.1941, Rev. Forense 89, 747 f.

3) TJSP Urt. v. 25.5.1965, Rev. Trib. 368, 102 f.

4) TJDF Urt. v. 3.9.1952, Arch. Jud. 107, 131 ff.

5) TJSP Urt.v. 18.9.1958, Rev. Trib. 282, 342 ff.; TJSP Urt. v. 9.11. 1961, Franceschini-de Salles Oliveira I, 435 f. ("Macumbeiro" ist ein Zelebrant des Macumba, wie häufig - doch ungenau - die spezifisch brasilianische synkretistische Umbanda-Religion bezeichnet wird). Anders TJSP Urt. v. 27.8.1954, Rev. Trib. 229, 121.

6) Lopes de Oliveira, 100 f. Das letzte Beispiel verwundert, denn die Heirat mit einer bereits verheirateten Person ist schon nach Art. 183 Nr. VI c.c. nichtig und nicht nur anfechtbar, siehe dazu oben S. 72 ff.; Pontes de Miranda VII, 264. Bei wirksam beendeter erster Ehe, etwa durch Scheidung oder Tod, besteht zudem kein Anlaß, Ehre und guten Ruf der geschiedenen oder verwitweten Person zu untersuchen. Es bleibt höchstens der Fall einer rechtsunwirksamen früheren Heirat zu erwägen, doch kann diese allenfalls im Hinblick auf die Defloration der Frau gem. Art. 219 IV c.c. relevant werden; vgl. dazu auch Prunes, 21.

sexualität, auch wenn sie nur aufgrund von Indizien bewiesen werden kann[1]. Es werden auch die in Art. 219 Abs. II und IV c.c. normierten Fälle herangezogen, um die Tatbestandsmerkmale der Ehre und des guten Rufes zu veranschaulichen[2], wodurch die einzelnen Tatbestände aber vollends ihre Konturen verlieren.

Nr. II: Entehrendes Verbrechen

Die rechtskräftige Verurteilung eines Ehegatten wegen eines entehrenden Verbrechens, das vor der Ehe begangen und dem anderen bei der Eheschließung unbekannt geblieben sein muß, berechtigt zur Anfechtung[3]. In Art. 219 II c.c. ist also jener Fall normiert, der nach französischem Verständnis aufgrund der bereits erwähnten höchstrichterlichen Entscheidung der Cour de cassation aus dem Jahre 1862 gerade nicht zu einer Irrtumsanfechtung berechtigen soll und der als "leading case"[4] für die Eliminierung des Eigenschaftsirrtums aus der Kategorie der Anfechtungsgründe wegen Irrtums über die Person des Ehegatten gilt.

---

1) TJDF Urt. v. 5.8.1949, Rev. Forense 130, 140 ff.

2) Gomes, Dir. fam., 84 f.; ausführliche Beispiele sowohl für erfolgreiche als auch für abgewiesene Anfechtungen finden sich bei de Faria Coelho, 234 ff.

3) TASP Urt. v. 24.8.1934, Rev. Trib. 96, 470 ff.; TJSP Urt. v. 30.8. 1933, Rev. Trib. 91, 112 f.; Urt. v. 27.3.1958, Rev. Trib. 275, 291; TJP Urt. v. 7.4.1958, Rev. Trib. 276, 721 f. - Entehrende Verbrechen (crimes inafiançáveis) sind nach Art. 323 c.p.p. die mit Gefängnis geahndeten Delikte, sofern der Täter nicht älter als siebzig oder jünger als einundzwanzig Jahre ist, es sei denn, die Strafe beträgt in diesen Fällen mehr als zwei Jahre; ferner handelt es sich um Delikte gem. Art. 50, 51 und § 1, 53 und § 1, 58 bis 60 des Gesetz-Dekretes Nr. 3.688 vom 3.10.1941 sowie um Straftaten, die mit ausschließlicher Freiheitsstrafe (pena privativa) bedroht sind, wenn der Täter bereits einschlägig vorbestraft ist. Gleichfalls hierher gehören die Delikte gegen die nationale Sicherheit und die politische und soziale Ordnung gem. Art. 78 des Gesetz-Dekretes Nr. 898 vom 29.9.1969 sowie gegen die Arbeitsordnung nach dem Gesetz-Dekret Nr. 9.070 vom 15.3.1946 und gegen die Wahlordnung, Art. 289, 290, 291 und 299 des Gesetz-Dekretes Nr. 4.737 vom 15.7.1965, vgl. de Barros Monteiro, 80.

4) Formulierung von Ferid II, 4 B 30; siehe dazu auch oben S. 84.

Die Tat muß vor dem Zeitpunkt der Eheschließung im technischen Sinne vollendet sein. Die Verurteilung braucht dagegen nicht vorher erfolgt zu sein[1].

Stellungnahme

Es ist zweifelhaft, ob Art. 219 II c.c. einen eigenen Regelungsbereich hat. Zum einen ist das Erfordernis der vorehelichen Tat eine selbstverständliche Voraussetzung. Art. 218 c.c. verlangt, daß der Irrtum bei Eheschluß vorliege. Nachträglich eingetretene Gründe sind dagegen unter dem Gesichtspunkt der Trennung (desquite) gem. Art. 317 ff. c.c. zu berücksichtigen[2]. Zum anderen läßt sich schon aus Art. 219 I 2.Alt. c.c. ableiten, daß die rechtskräftige Verurteilung wegen Begehens eines mit Gefängnis bestraften Deliktes geeignet ist, den guten Ruf des Täters in Frage zu stellen und ein eheliches Zusammenleben nach Entdeckung der Vorstrafe zu erschweren. Der Versuch, die Bedeutung der Norm damit zu erklären, daß sie im Gegensatz zu Art. 219 I c.c. den Beweis der Unerträglichkeit des ehelichen Zusammenlebens nicht verlange, sondern eine an dessen Stelle tretende Vermutung beinhalte[3], ruft dann die weitere Frage hervor, ob einer solchen Präsumtion keine klarere Formulierung besser helfen würde. Ferner ist nicht ersichtlich, wie zu verfahren sein soll, wenn der Täter strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden kann, etwa weil er unter das Gesetz Nr. 5.258 vom 10.4.1967 fällt[4]. Eine Bestrafung im Sinne von Art. 323 c.p.p. entfällt dann, so daß Art. 219 II c.c. nicht erfüllt sein kann. Dennoch wird man dem anderen Ehegatten nicht zumuten können, mit Rücksicht auf das jugendliche Alter des Täters, die Ehe fortzusetzen. Deshalb

---

1) de Faria Coelho, 251; Lopes de Oliveira, 102; Pontes de Miranda VII, 265.

2) Zum desquite siehe oben S. 23 ff. (36 ff.).

3) de Faria Coelho, 248.

4) Siehe dazu oben S. 81 N2.

wird auch einhellig angenommen, daß der anfechtungswillige Ehegatte gem. Art. 219 I 2.Alt. c.c. wegen Irrtums über die Ehre und den guten Ruf des anderen vorgehen kann[1]. Diejenigen aber, die in Art. 219 II c.c. eine notwendige Regelung erblicken, weil darin eine eigenständige Beweisregelung enthalten sei, müßten folgerichtig im Zusammenhang mit der Anfechtung nach Art. 219 I 2.Alt. c.c. dem Anfechtungswilligen die Beweislast für die Unzumutbarkeit der Fortführung der Ehe auferlegen, die - wenn auch nicht allzu schwer zu tragen - doch eine ungerechtfertigte prozessuale Mehrbelastung darstellt. Es ist aber nicht ersichtlich, warum der Ehegatte eines strafrechtlich nicht Verantwortlichen schlechter gestellt sein soll, als einer, der mit einem Vorbestraften die Ehe eingegangen ist.

Nr. III 1.Alt.: Unheilbares körperliches Gebrechen

Vor der Geltung des código civil bezeichnete das Dekret Nr. 181 vom 24.1.1890 die Impotenz (impotência) als einen Grund für die Irrtumsanfechtung. Die weitere Fassung der heute geltenden Regelung beruht auf der Einsicht, daß die Anzahl entsprechender körperlicher Defekte viel umfangreicher ist. Sie umfaßt nach heutiger Erkenntnis der Rechtsprechung neben dem Hermaphroditismus, den Infantilismus[2] und andere Genitaldeformationen[3] sowie die Impotenz, gleichgültig ob physischer oder psychischer Provenienz[4], ferner die Koitophobie[5].

---

1) TJSP Urt. v. 11.11.1949, Rev. Trib. 184, 224 ff. Hier stellte sich eine Jugendstrafe des Ehemannes heraus. Dennoch bot der kriminelle Lebenswandel seit der Bestrafung das entscheidende Argument.

2) TJSP Urt. v. 5.12.1950, Rev. Trib. 191, 188 ff.

3) TJSP Urt. v. 18.9.1951, Rev. Trib. 196, 97 ff.: inkompatible Genitalgrößen.

4) TJP Urt. v. 1.2.1960, Rev. Trib. 293, 602 ff.; TJSP Urt. v. 27.7. 1961, Rev. Trib. 320, 147 f.; Urt. v. 22.2.1960, Rev. Trib. 296, 282 f.

5) TJSP Urt. v. 4.4.1951, Rev. Trib. 201, 276 ff.; vgl. Silveira, O fator sexual, 343.

Kein Auflösungsgrund bietet dagegen die Sterilität, also die impotência generandi. Das läßt sich dadurch erklären, daß die Fortpflanzung nicht als eigentlicher Zweck der Ehe angesehen wird. In Übereinstimmung mit dem kanonischen Recht und dem biblischen Gebot des eritis duo in carne una steht die carnalis conjunctio und damit die impotência coeundi im Vordergrund, während der Gesichtspunkt der Fortpflanzung kein notwendiger Zweck der Ehe ist[1].

Dem Gesetzgeber ist bei der Formulierung der Norm ein sinnentstellender Fehler unterlaufen. Hatte noch Art. 72 Nr. 3 des dem código civil vorausgegangenen Dekretes Nr. 181 von der "Unkenntnis eines vorehelichen unheilbaren körperlichen Gebrechens" gesprochen, so ersetzte man diese Wendung bei der Schaffung des Art. 219 III c.c. durch die Wendung "vor der Heirat bestehende Unkenntnis eines unheilbaren körperlichen Gebrechens". Sicher ging man nicht davon aus, daß die von der Vorschrift erfaßten Gebrechen bereits vor der Hochzeit entdeckt würden[2].

Nr. III 2.Alt.: Schwere und übertragbare Krankheit

Aus familien- und volksgesundheitlichen Gründen ist die Unkenntnis einer schweren und durch Ansteckung oder Vererbung übertragbaren Krankheit zu einem Anfechtungsgrund gemacht worden[3].

Mit dem medizinischen Fortschritt verringert sich die Zahl der unter die Norm fallenden Krankheiten. Am Beispiel der Gonorrhöe zeigt sich, daß eine vormals als schwer eingestufte Erkrankung mit der Anwendung von Antibiotika aus dem Ka-

---

1) Can. 1.068 § 3: sterilitas matrimonium nec dirimit nec impedit. TJDF Urt. v. 3.1.1952, Rev. Forense 201, 159 ff.; Urt. v. 23.1.1948, Rev. Forense 120, 165; Franceschini-de Salles Oliveira I, 494 ff.; Silveira, O fator sexual, 336; de Sá Pereira, 221.

2) de Sá Pereira, 214, meint dazu, daß andernfalls eine Gesellschaft von "demi-vierges" im Sinne von Marcel Prevost vorauszusetzen wäre.

3) de Barros Monteiro, 82; Garcez Filho I, 208.

talog der nach Art. 219 III c.c. zu berücksichtigenden Infektionskrankheiten eliminiert werden konnte[1]. Die Rechtsprechung hat die Anfechtung wegen Irrtums unter anderem gestattet bei: Schizophrenie[2], manischer Depression[3], Paranoia[4], Epilepsie[5], Syphilis[6], Lepra[7] und Tuberkulose[8].

Es ist hervorzuheben, daß das Gesetz die Unheilbarkeit der ansteckenden oder übertragbaren Krankheit nicht fordert, weil die Frage der Heilbarkeit mit der Ansteckungsgefahr oder der Vererblichkeit insofern nichts zu tun hat, als nicht sie, sondern der Erfolg der konkreten Heilung Einfluß auf die Übertragbarkeit der Krankheit haben kann[9]. Jedenfalls darf die voreheliche Krankheit nach Eheschließung noch nicht geheilt sein, weil das Gesetz eine Gesundheitsgefährdung des Ehegatten oder seiner Nachkommenschaft zur

---

1) TJSP Urt. v. 12.11.1954, Rev. Trib. 232, 216 f. Das Gericht wendete im Gegensatz zur unteren Instanz Art. 219 III c.c. an. Ferner TJSP Urt. v. 14.8.1958, Rev. Trib. 279, 639 ff. Trotz der Kenntnis vom Stand der medizinischen Wissenschaft wurde der Anfechtung stattgegeben, weil die Ehefrau schwere gesundheitliche Schäden durch Infektion davongetragen hatte. Nicht die Schwere der Krankheit, sondern die Ansteckung waren hier der eigentliche Anfechtungsgrund.

2) TARdJ Urt. v. 26.8.1943, Rev. Trib. 146, 766 ff.; TJSP Urt. v. 15.6. 1956, Rev. Trib. 256, 89 f.

3) TJSP Urt. v. 9.2.1962, Rev. Trib. 328, 256 ff. (Vererblichkeit).

4) TJGB Urt. v. 7.4.1965, Rev. Forense 216, 152 ff. (geistige Gesundheitsgefährdung).

5) TJSP Urt. v. 19.4.1956, Rev. Trib. 253, 258 ff. (Vererblichkeit); Urt. v. 26.2.1954, Rev. Trib. 224, 137 ff. (Vererblichkeit); Urt. v. 20.3.1953, Rev. Trib. 212, 288 f. (Vererblichkeit); klarstellend: Urt. v. 24.9.1968, Franceschini-de Salles Oliveira IV, 2265 f.

6) TJSP Urt. v. 19.10.1962, Rev. Trib. 344, 229 ff. (Syphilis im Tertiärstadium).

7) TJSP Urt. v. 26.9.1967, Rev. Trib. 389, 164 f.

8) TJSP Urt. v. 7.12.1965, Rev. Trib. 370, 116 f.

9) de Barros Monteiro, 83; de Faria Coelho, 282 f.; Garcez Filho I, 208.

weiteren Anfechtungsvoraussetzung gemacht hat[1].

Nr. IV: Die Unkenntnis von der Defloration

Der Stellenwert der Norm wird damit erklärt, daß die Regelung aus der gesellschaftlichen Bedeutung der vorehelichen Jungfräulichkeit zu erklären sei und moralischen Hintergrund besitze[2]. Die conditio virginitatis habe noch zu Beginn dieses Jahrhunderts als wichtigstes Indiz für die Enthaltsamkeit der jungen unverheirateten Frau gegolten[3].

Die Norm ist in jüngster Zeit unter Kritik geraten, weil sie nicht zu den gesetzgeberischen Bemühungen um die Gleichstellung der Geschlechter passe[4]. Die Rechtsprechung hat jedoch die Verfassungsmäßigkeit der Norm bejaht, da ein Verstoß gegen den Verfassungsgrundsatz der Gleichberechtigung

---

1) Im Schrifttum hat eine zeitgemäße Umstellung nicht überall stattgefunden. Lopes de Oliveira, 106, hält auch heute noch die Irrtumsanfechtung bei Schizophrenie und Krebs für möglich und stimmt im letzten Punkt mit Pontes de Miranda VII, 270, überein. Gerade die Krebserkrankung ist zwar eine schwere Krankheit, doch kann sie nach heutigem Kenntnisstand weder als eine durch Ansteckung übertragbare Krankheit bezeichnet werden, noch kann man mit Sicherheit sagen, daß sie genetisch bedingt und dadurch vererblich sei. Eine gesetzmäßige Vererblichkeit der Schizophrenie ist gleichfalls nicht nachgewiesen worden. Es überrascht, mit welcher Großzügigkeit der Katalog von Krankheiten im Zusammenhang mit der Irrtumsanfechtung zusammengestellt wird. Medizinischer Dilettantismus bei der Rechtsanwendung kann hier schwerwiegende Folgen auf Eheschicksale haben. In diesem Zusammenhang sei erwähnt, daß Lopes de Oliveira Familienrichter ist. - Das vorausgegangene Dekret Nr. 181 vom 24.1.1890 sprach noch von "unheilbaren oder übertragbaren Krankheiten". Bei buchstabengetreuer Anwendung hätte man z.B. bei unheilbarer Niereninsuffizienz ebenso anfechten können, wie im Falle eines heilbaren aber übertragbaren Schnupfens.

2) Gomes, Dir. fam., 85; de Barros Monteiro, 83.

3) Lopes de Oliveira, 107. Das Dekret Nr. 181 vom 24.1.1890 hatte, obwohl älteren Datums als der código civil, die Frage des Irrtums über die Jungfräulichkeit nicht behandelt. Aus dieser Tatsache kann aber nicht gefolgert werden, daß das Fehlen einer dem heutigen Art. 219 IV c.c. entsprechenden Gesetzesnorm Ausdruck größerer Liberalität gewesen sei. De Faria Coelho, 316 f., berichtet von Urteilen, die den error virginitatis dem error in persona gem. Art. 72 § 1 des Dekretes Nr. 181 vom 24.1.1890 gleichsetzten.

4) Bueno, 57; Moser, RabelsZ 29 (1965) 357 ff. (zur Stellung der Frau).

der Geschlechter nur angenommen werden könne, wenn Gleiches ungleich behandelt würde, und gerade dies war nach Ansicht der Richter nicht gegeben[1].

Ohne sich auf die Erörterung der moralischen Implikation im Zusammenhang mit der vorehelichen Defloration einzulassen, wollen andere in Art. 219 IV c.c. allein die Positivierung eines Irrtums über die physische Beschaffenheit sehen[2].

Stellungnahme

Beide Auffassungen über Hintergrund und Reichweite des Art. 219 IV c.c. lassen eine Auseinandersetzung mit der Existenzberechtigung der Norm vermissen, deren gesetzessystematische Position auf den ersten Blick angreifbar erscheint. Wenn einerseits die Integrität einer Frau in moralischer Hinsicht auf dem Spiel stünde, dann reichte Art. 219 I 2.Alt. c.c. mit seiner Anfechtungsmöglichkeit wegen Irrtums über Ehre oder guten Ruf aus. Wenn andererseits die körperliche Seite allein in der Weise betroffen wäre, daß man in der unbekannt gebliebenen vorehelichen Entjungferung der Ehefrau einen Irrtum über das Nichtvorhandensein eines physischen Defektes sähe, dann hülfe Art. 219 III c.c. Ein besseres Beispiel für die "Unheilbarkeit" eines körperlichen Gebrechens ließe sich im Sinne der zweiten Auffassung, die das Fehlen der Jungfräulichkeit als "physischen Defekt" einschätzt, nicht finden.

Dem letztgenannten Argument ist entgegenzuhalten, daß bei der Irrtumsanfechtung nach Art. 219 III c.c. das unheilbare körperliche Gebrechen gerade im Hinblick auf die Verwirk-

---

1) TJSP Urt. v. 22.12.1970, Rev. Trib. 426, 66 ff.

2) Garcez Filho I, 209 f.; Pontes de Miranda VII, 272, 274 f. Diese Auffassung ist nur scheinbar für die Frau schonender. Die Zerstörung des Hymens ist nicht immer auf geschlechtlichen Verkehr zurückzuführen, sondern kann auch Ergebnis einer traumatischen Einwirkung sein. Auch in diesem Fall müßte nach Ansicht der soeben zitierten Autoren das Anfechtungsrecht eines Ehemannes, der von der körperlichen Integrität der Frau ausgeht, ohne sittlich begründete Erwartungen damit zu verbinden, bejaht werden.

lichung der ehelichen Gemeinschaft untersucht wird und daß die Defloration an sich kein instrumentales Hindernis für das Zusammenleben der Ehegatten darstellt. Dem Einwand, daß Art. 219 I 2.Alt. c.c. den Regelungsbereich des Art. 219 IV c.c. bereits vollständig abdecke, steht entgegen, daß das Gesetz in Art. 178 § 1 c.c. vom Ehemann verlangt, nach Entdeckung der vorehelichen Defloration die Anfechtungsklage binnen einer Frist von zehn Tagen nach Eheschließung zu erheben, während die nach Art. 219 I bis III c.c. vorgesehenen Anfechtungsklagen innerhalb von zwei Jahren nach der Heirat noch zulässig sind, Art. 178 § 7 I c.c.[1]. Demzufolge hat es allein schon mit Rücksicht auf eine schnelle Klärung der Anfechtungsbereitschaft des Ehemannes nach Entdeckung der vorehelichen Defloration mit Hilfe der knappen Frist von zehn Tagen einer gesonderten Kodifizierung des error virginitatis bedurft[2].

B. Der strafrechtliche Schutz der Eheordnung

Die meisten Fälle, die zur Auflösung der Ehe oder zur Trennung führen, haben Berücksichtigung im Strafrecht erfahren. Titel VII des código penal (Von den Verbrechen gegen die Familie), Kapitel I (Von den Verbrechen gegen die Ehe), stellt unter Strafe:

Gem. Art. 235 c.p. die Bigamie - nach dessen § 1 wird auch der unverheiratete Teil, der wissentlich mit einem Verheirateten die Ehe schließt, bestraft - ; gem. Art. 236 c.p. die Hervorrufung eines wesentlichen Irrtums und die Verheimlichung eines weiteren Ehehindernisses; gem. Art. 237 c.p. die Heirat trotz vorheriger Kenntnis eines Ehehindernisses;

---

1) Das Gesetz Nr. 13 vom 29.1.1935, das die Frist im Zeitpunkt der Entdeckung des Irrtums in Gang setzte, wurde durch Dekret Nr. 5.058 vom 8.12.1946 aufgehoben, wodurch der ursprüngliche Rechtszustand gem. Art. 178 § 7 I c.c. wiederhergestellt wurde.

2) TJGB Urt. v. 9.6.1971, Rev. Trib. 433, 249 f.; TJSP Urt. v. 7.11. 1969, Rev. Trib. 411, 130 f.

gem. Art. 238 c.p. die Amtsanmaßung bei Eheschließung; gem. Art. 239 c.p. die Ehesimulation und gem. Art. 240 c.p. den Ehebruch.

Mord und Mordversuch werden nach Art. 121 § 2 bzw. Art. 121 § 2 i.V.m. 12 II und einziger Paragraph c.p. bestraft.

Weitere Delikte sind: die Entführung einer Volljährigen oder einer Minderjährigen, wobei Strafmilderung vorgesehen ist, wenn die Tat mit Heiratsabsicht begangen wurde, Art. 219 ff. c.p.; die Nichterfüllung der gegenüber dem Ehegatten bestehenden Unterhaltspflicht[1], Art. 244 c.p.

C. Ergebnis

Bis zu ihrer Aufhebung sind die nichtigen und aufhebbaren Ehen gültig. Das gleiche gilt für die nach Art. 208 c.c. vor dem unzuständigen Beamten geschlossenen Ehen sowie für die wegen Irrtums angefochtenen. Allesamt werden diese Verbindungen erst nach der gerichtlichen Auflösung für die Erörterung des Konkubinates relevant und zwar dann, wenn die Parteien das Zusammenleben fortsetzen.

Doch auch bei denjenigen Paaren, deren Lebensgemeinschaft nicht auf einem Eheschließungsakt beruht, ist zu entscheiden, ob und in welchem Ausmaß die sittlichen und volkshygienischen Wertungen des Gesetzgebers eingreifen, die in den in diesem Kapitel behandelten Gesetzestatbeständen zum Ausdruck gelangt sind. Die Kenntnis der Ehenichtigkeits- und Eheaufhebungsgründe ist also eine wichtige Voraussetzung für die Beantwortung der Frage, wie die rechtliche Einordnung des Konkubinates bewältigt werden kann, dessen faktische Entwicklung als nichteheliche Lebensgemeinschaft unter dem Aspekt einer teilweisen Anerkennung durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur zu verzeichnen ist[2].

---

1) Der Gesichtspunkt der Unterhaltspflichtverletzung wird im Zusammenhang mit dem Trennungsgrund des freiwilligen Verlassens für zwei Jahre ohne Unterbrechung, Art. 317 IV c.c., berücksichtigt, siehe dazu oben S. 47 f.

2) Siehe dazu Kapitel 3, unten S. 96 ff.

Kapitel 3

Das Konkubinat als ein eheähnliches Institut

I. Die inhaltliche Bestimmung des Begriffes Konkubinat (concubinato, concubinage)

Der código civil berücksichtigt das Konkubinat in mehreren Vorschriften. Art. 248 IV c.c. gestattet der Ehefrau, jene gemeinschaftlichen beweglichen oder unbeweglichen Sachen von der Konkubine ihres Ehemannes herauszuverlangen, welche dieser ihr geschenkt oder sonst übertragen hat[1]. In Art. 1.177 c.c., auf den jene Norm verweist, ist die Möglichkeit der Annullierung einer Schenkung, die ein ehebrecherischer Ehegatte seinem "Komplizen" (cúmplice) gemacht hat, für den anderen Ehegatten oder seine gesetzlichen Erben vorgesehen. Art. 1.719 III c.c. bestimmt, daß die Konkubine des verheirateten Erblassers weder als Erbin noch als Vermächtnisnehmerin eingesetzt werden kann. Den aufgezählten Bestimmungen kann entnommen werden, daß sich der Gesetzgeber von 1916 zwar mit dem Konkubinat mehrfach ausdrücklich auseinandergesetzt hat, an die Rechtsgeschäfte zugunsten der Konkubine aber nur negative Rechtswirkungen knüpfen wollte.

Dagegen kennt das Zivilgesetzbuch in Art. 363 I eine Norm, bei der das Konkubinat eine "positive", den Weg zu einer Vaterschaftsklage öffnende Rolle spielt. So können uneheliche Kinder von Personen, die nicht unter die Ehenichtigkeitsgründe von Art. 183 I bis VI c.c. fallen, gegen ihre Eltern oder deren Erben auf Anerkennung der Kindschaft klagen, wenn die Mutter zur Zeit der Empfängnis mit dem angeblichen Vater im Konkubinat gelebt hat.

Der código civil enthält demnach keine das Konkubinat als

---

1) Art. 248 IV, einziger Paragraph, c.c. lautet: "Dieses Recht besteht unabhängig davon, ob die Ehefrau mit ihrem Mann noch in Gemeinschaft lebt und auch dann, wenn die Schenkung als Verkauf oder anderer Vertrag bezeichnet wird."

solches begünstigende Vorschriften, sondern eine lediglich die Interessen der aus einer solchen Verbindung hervorgegangenen Kinder schützende Norm.

Mit dem französischen code civil stimmt das brasilianische Zivilgesetzbuch insofern überein, als beide dem Konkubinat rechtliche Anerkennung versagen. Der code civil erwähnt das Konkubinat an einer Stelle: Art. 340 erlaubt die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung dann, wenn der angebliche Vater mit der Kindesmutter in einem "état de concubinage, impliquant, à défaut de communauté de vie, des relations stables et continues" gelebt hat[1]. Für die Behandlung der Probleme im Zusammenhang mit der Wirksamkeit von Rechtsgeschäften zugunsten der Konkubine liefert der code civil jedoch keine Anhaltspunkte, so daß der klassische Satz Napoleons berechtigt zu sein scheint, wonach "les concubins se passent de la loi; la loi se désinteresse d'eux".

Dagegen haben beide Rechtsordnungen gemein, daß sich andere Gesetze mit den nichtehelichen Verbindungen beschäftigen, die allerdings jüngeren Datums als die jeweiligen Zivilgesetzbücher sind. In Brasilien kann eine Person, die in "wirtschaftlicher Abhängigkeit" (gemeint sind vornehmlich die Lebensgefährten aber auch andere Personen, unabhängig von Alter und Geschlecht) vom Mieter gelebt hat, nach dessen Tod das Mietverhältnis fortsetzen (Art. 9 des Gesetzes Nr. 4.494 vom 25.11.1964). Hier vermied der Gesetzgeber eine ausdrückliche Erwähnung der Konkubine. In der Sozialgesetzgebung taucht dagegen der Begriff der Gefährtin (companheira) auf, der sich inhaltlich von dem der Konkubine nicht unterscheidet[2]. Die in Frankreich gewählte gesetzliche Terminologie weist gleichfalls die Begriffe der "personne à charge" im Sozialversicherungsgesetz sowie der

---

1) In der Fassung seit der Änderung per Gesetz Nr. 72 vom 3.1.1972. In den sechzig Jahren davor enthielt Art. 340 den Begriff des "concubinage notoire"; siehe hierzu: Madlener, 92 f. u. unten S. 160 f.

2) Siehe dazu unten S. 169 ff.

"compagne" im Sozialversorgungsrecht aus Anlaß der Kriege auf[1].

Dieses Nebeneinander von ehelichen und nichtehelichen Lebensgemeinschaften wirft die Frage auf, ob der Schutz der Familie beziehungsweise die Interessenwahrung der Ehefrau durch eine positive Berücksichtigung des Konkubinates beeinträchtigt wird. Nach Art. 175 der brasilianischen Bundesverfassung von 1969 wird die Familie nur durch die Heirat begründet und hat Anspruch auf den besonderen Schutz des Staates. Nach brasilianischem Verfassungsverständnis liegt eine Familie auch schon bei einer kinderlosen Ehe vor[2]. Daher ist sowohl im Interesse der Ehefrau und der legitimen Familie als auch im Interesse der Konkumbenten und ihrer Abkömmlinge die Untersuchung von Inhalt und Reichweite des Konkubinates in rechtlicher und soziologischer Hinsicht erforderlich.

Das Konkubinat hat in der Gesetzgebung beider Länder keine nähere begriffliche Abklärung erfahren. Weil aber offenbar synonyme Lebenssachverhalte einmal mit dem Begriff "concubinato" (concubinage) belegt werden, ein anderes Mal als Verbindungen von "companheiros" (compagnes) verstanden werden und schließlich das Merkmal der "wirtschaftlichen Abhängigkeit" an Stelle einer präziseren Bestimmung des Verhältnisses zwischen den Konkumbenten verwandt wird, stellt sich die Inhaltsbestimmung dieser Tatbestandsmerkmale als erster Schritt zum Verständnis von Rechtsprechung und Lehre zum Konkubinat dar.

Einen einheitlichen Begriff des Konkubinates gibt es nicht[3].

---

1) Siehe dazu unten S. 181 ff., 186.

2) Pontes de Miranda, Comentários 1967, 316. Nach französischem Verfassungsverständnis, das sich hierbei auf die Präambel der Verfassung von 1946 stützt, wonach "la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement" wird nur die legitime Familie, die schon mit der Eheschließung vorliegt, geschützt, nicht aber die union libre, vgl. Ferid II, 4 A 18; in diesem Sinne früher schon Hauriou, 651 f.

3) Vgl. auch unten S. 159 f.

Die Spannweite reicht von der weitesten Definition, die in einem Konkubinat eine nichteheliche Verbindung zwischen einem Mann und einer Frau sieht[1], bis hin zu der vereinzelt vertretenen engeren Begriffsbestimmung, die verlangt, daß außer der nichtehelichen Verbindung zweier Personen verschiedenen Geschlechts die Kontinuität der geschlechtlichen Beziehungen, die Treue der Frau gegenüber dem Mann, das Nichtvorhandensein von Ehehinderungs- und Eheaufhebungsgründen, gemeinsames Wohnen unter demselben Dach sowie die Offenkundigkeit der Verbindung vorliegen[2].

1) Verbindung von Mann und Frau als Lebens- und Interessengemeinschaft

Die Verbindung zweier Personen verschiedenen Geschlechts muß eine Lebens- und Interessengemeinschaft darstellen. Es liegt nahe, daß man bei einer länger dauernden Beziehung dieser Art leichter auf eine gemeinsame Lebensführung und eine damit einhergehende Verfolgung gemeinsamer Interessen schliessen kann. In diesem Sinne hat die brasilianische Rechtsprechung an eine Verbindung, die mehrere Jahrzehnte gedauert hatte, die Vermutung geknüpft, daß es sich dabei um eine Lebens- und Interessengemeinschaft handeln müsse[3]. Regelmässiger geschlechtlicher Verkehr über lange Zeit hinweg wird, wenn er nicht von Zusammenleben und funktioneller Pflichtenteilung in der gemeinsamen Haushaltung begleitet ist, nicht als Lebens- und Interessengemeinschaft, sondern lediglich als Sexualverbindung angesehen[4]. Dieser Aspekt bleibt dennoch von Bedeutung, denn die geschlechtliche Verbindung gilt als eines der wichtigsten Indizien für das Vorliegen einer Lebensgemeinschaft. Der etymologische Ursprung des Wortes

---

1) de Barros Monteiro, 14; Aubry-Rau-Esmein, 370.

2) Medeiros da Fonseca, 188; Baumann, 46, 71.

3) TJSP Urt. v. 1.2.1960, Rev. Trib. 300, 189 ff.

4) TALçSP Urt. v. 23.12.1963, Rev. Trib. 352, 350 ff.; vgl. auch de Barros Monteiro, 14; de Las Cases, 3; David, 38.

Konkubinat drückt den Gedanken der Bettgemeinschaft aus[1].

Freilich ist eine Lebens- und Interessengemeinschaft, ebenso wie bei der Ehe, auch dann vorstellbar, wenn eines der tragenden Merkmale, nämlich die Geschlechtsgemeinschaft, fehlt. So heißt es in der soeben zitierten Gerichtsentscheidung: "Die Rechtsfolgen des Konkubinates können nicht an eine mehrjährige Verbindung der Konkumbenten, die auf die geschlechtliche Gemeinschaft beschränkt war, geknüpft werden, wenn keine Lebens- und Interessengemeinschaft bestanden hat."[2]

Die Lebens- und Interessengemeinschaft wird demnach gekennzeichnet durch die Vereinigung der Kräfte beider Partner im Hinblick auf das gemeinsame Tragen der Lasten des täglichen Lebens sowie durch einen gegenseitigen Beistand in materieller und immaterieller Hinsicht.

2) Nichtehelichkeit der Verbindung

Wie in Kapitel 2 dargelegt, sind die mit Rechtsmängeln behafteten, nichtigen oder aufhebbaren Ehen bis zum Zeitpunkt des gerichtlichen Auflösungsurteils als gültig zu betrachten. Bei solchen in gutem Glauben geschlossenen Putativehen wirkt die Auflösung gem. Art. 221 c.c. lediglich ex nunc. Für diese Fälle gelten die Normen des Eherechts, ohne daß auf die Kategorie des Konkubinates zurückgegriffen werden muß[3].

Als Konkubinat ist allerdings eine Verbindung zu werten, bei der die Wirksamkeit der Eheschließung von Anfang an fehlt, weil diese nur vor einem Geistlichen stattgefunden hat. Eine

---

1) cum cubare = mit...schlafen.

2) TALçSP Urt. v. 23.12.1963, Rev. Trib. 352, 350 ff. Das Gericht spricht ungenau von Konkumbenten dort, wo es im Ergebnis ein Konkubinat verneint.

3) Für die Zeit nach Auflösung gilt das unten auf S. 106 ff. Gesagte.

religiöse Eheschließung, die dem Erfordernis der Registrierung im Zivilregister gem. Gesetz Nr. 6.015 vom 31.12.1973, Art. 72 ff., nicht genügt, kann daher ein Konkubinat einleiten. Man kann gleichfalls ein Konkubinat dort annehmen, wo die Nupturienten vor dem Standesbeamten zu keinem Konsens gelangen, dessenungeachtet aber zusammenbleiben. Im ersten Fall wollen die Parteien ein Mehr, nämlich die Ehe. Selbst wenn man diese Verbindung mit aller Unnachgiebigkeit, wie auch vertreten wird, als Nichtehe abstempelt[1], so besteht kein Grund, sie nicht wenigstens als Konkubinat zu behandeln. Daran schließt sich erst die weitere Frage an, welche Rechtsfolgen im einzelnen an das Vorliegen des Konkubinates zu knüpfen sind[2]. Im zweiten Fall wollen die Parteien nicht mehr als sie tatsächlich erreichen. Auch diese gelegentlich als Beispiel für das Vorliegen einer Nichtehe angeführte Konstellation[3] führt dann zu einem Konkubinat, wenn die Partner zusammenbleiben. Es zeigt sich somit, daß die Begründung eines Konkubinates sowohl bewußt vonstatten gehen kann, nämlich dann, wenn die Parteien eine Ehe ablehnen, als auch ohne Wissen der Betroffenen, wenn diese von der Wirksamkeit ihrer religiösen Eheschließung überzeugt sind und möglicherweise erst nach vielen Jahren erfahren, daß sie niemals miteinander gültig verheiratet waren.

3) Kontinuität der geschlechtlichen Beziehungen

Es besteht Einmütigkeit darüber, daß ein Konkubinat nicht mit einer einfachen, vorübergehenden geschlechtlichen Verbindung zu verwechseln ist, also nichts gemein hat mit flüchtigen Begegnungen mit Prostituierten oder einem gelegentlichen "Seitensprung"[4]. Keine einheitliche Meinung gibt

---

1) Zur Nichtehe siehe oben S. 52 ff.

2) Zu eng daher Rodière, 59.

3) Zur Nichtehe bei offenem Dissens siehe oben S. 61 ff.

4) Baumann, 43; García Cantero, 85; de Barros Monteiro, 14; de Moura Bittencourt 1975, 46, 68 f.; Rodière, 62; de Las Cases, 2 f.; David, 38.

es jedoch, wenn es um die Bestimmung dessen geht, was als kontinuierliche Beziehung zu gelten hat. Man hat versucht, die Kontinuität anhand der Stabilität der Verbindung zu prüfen. Dabei ging man davon aus, daß Kontinuität und Stabilität zwei sich ergänzende Aspekte seien[1]. Damit ist aber nicht viel gewonnen, denn beide Begriffe sind nicht bestimmt genug und schwer voneinander abzugrenzen. Außerdem bleibt dann immer noch unbeantwortet, über welchen Zeitraum hinweg das Merkmal der Kontinuität zu untersuchen ist und woran sich die Stabilität erkennen lassen soll, wenn nicht einzig an der Dauer der Verbindung. Kontinuität und Stabilität sind demnach eher als austauschbare, denn als sich ergänzende Merkmale aufzufassen.

Auch gibt es in der brasilianischen Literatur Vorschläge, bei denen auf französische Autoren Bezug genommen wird, die Parallelen zur sachenrechtlichen Ersitzung (!) ziehen wollen und deshalb die Ersitzungsfristen analog auf das Konkubinat zu übertragen versuchen[2]. Auch der Gedanke, daß die durchschnittliche Intrauterin-Periode als Maßstab für die Kontinuität gelten könne, findet sich im Schrifttum[3].

Nicht ganz klar wird dabei, ob die Ersitzung beweglicher oder unbeweglicher Sachen gemeint ist. Abgesehen von der unfreiwilligen Komik des Bildes, führt die Heranziehung der Ersitzungsfristen zu Schwierigkeiten, weil es erhebliche Unterschiede zwischen den beiden Ersitzungsarten gibt: 10, 15 oder 20 Jahre bei unbeweglichen Sachen gem. Art. 550 f. c.c., 3 oder 5 Jahre bei beweglichen Sachen nach Art. 618 f. c.c. Der weitere Vorschlag, die Austragungszeit als Richtwert zu nehmen, entstammt offenbar dem Wunsch, einen allgemein geläufigen zeitlichen Ordnungsfaktor in die nichteheliche Verbindung zu bringen. Der bereits in anderem

---

1) Gomes-Carneiro, 216 ff.; da Silva Pereira, Rev. Forense 190, 17.

2) de Moura Bittencourt I, 156 f. Er zitiert Josserand, Recueil Dalloz 1932; Arzeno, El régimen jurídico del concubinato, 1940, 39; Savatier, § 56, wohl La Recherche de la Paternité, Paris 1927.

3) de Moura Bittencourt I, 156 f.

Zusammenhang[1] erwähnte Art. 363 I c.c. eröffnet die Klage auf Anerkennung der Vaterschaft, wenn die Mutter mit dem angeblichen Vater im Konkubinat gelebt hat. Dabei ist entscheidend, daß die Empfängnis während des Konkubinates erfolgte. In Analogie zu Art. 338 c.c. wird zuweilen der Zeitraum von mindestens 180 Tagen nach Beginn des Konkubinates bis zu höchstens 300 Tagen nach dessen Beendigung für die Ermittlung des Empfängniszeitpunktes zugrundegelegt, jedoch scheidet auch eine kürzere, nur Monate oder gar Tage dauernde Verbindung für die Vaterschaftsfeststellung entsprechend Art. 363, 338 c.c. nicht von vornherein aus. Die für die Vaterschaftsfeststellung erheblichen Fristen haben aber mit der Bestimmung der Konkubinatskontinuität nichts zu tun. Deshalb kann auch ein kurzlebiges Zusammensein grundsätzlich ein Konkubinat darstellen, wenn dessen weitere Voraussetzungen vorliegen[2].

Die Bestimmung von Fristen für nichteheliche Verbindungen, bei denen im Gegensatz zur Ehe Beginn und Ende nicht urkundlich festgehalten werden, bei denen also nicht immer der Zeitpunkt auszumachen ist, ab dem die Fristen berechnet werden sollen, erscheint nicht nur praktisch wenig sinnvoll. Die Festsetzung irgendeiner Frist unter Zuhilfenahme des Institutes der Ersitzung und dessen Fristen oder unter Heranziehung der im Rahmen der Vaterschaftspräsumtion maßgeblichen Zeiträume wäre sachfremd und willkürlich.

Andere Stimmen beschränken sich auf vage Andeutungen, wie etwa auf die oft zitierte Formel vom "mehr oder weniger langen" Zusammenleben[3].

Angesichts der zahlreichen Auffassungen zur Frage der Kontinuität der Beziehung, die alle nicht befriedigen können, sollte jener Faktor stärker betont werden, der jeden-

---

1) Siehe oben S. 66 N 1.

2) TJSP Urt. v. 21.11.1950, Rev. Trib. 190, 293 ff.; de Moura Bittencourt 1975, 69.

3) Bevilaqua, Cód. civ. com., 337; Trigueiros, Rev. Trib. 389, 26; Mas, 44.

falls eine klarere Abgrenzung zwischen einer Lebens- und Interessengemeinschaft einerseits und einer flüchtigen "Affäre" andererseits ermöglicht, als es mit Hilfe des sich im Merkmal der Kontinuität niederschlagenden Zeitgedankens durchführbar wäre: Als einziger Konstante aller Konkubinatsbeziehungen ist auf den Willen der Beteiligten zusammen zu leben, abzustellen. Dabei sollte verlangt werden, daß die Konkumbenten auf unbegrenzte Zeit, für immer also, zusammenbleiben wollen, denn ein Verhältnis erscheint nicht sonderlich schützenswert, das alle Jahre, gleichsam im Wege der Verlängerungsoption, fortgesetzt wird. Der Zeitfaktor bleibt hierbei nicht bedeutungslos, da sich aus der Dauer einer Beziehung auch Rückschlüsse auf den anfänglichen Willen der Konkumbenten ziehen lassen[1]. Man kann der hier vertretenen Ansicht entgegenhalten, daß die subjektive Einstellung schwer nachprüfbar und feststellbar sei. Das Konkubinat unterscheidet sich von der Ehe gerade durch den Mangel an Publizität und Offenkundigkeit der Parteiabsichten, woraus weiterhin folgt, daß ein Bedürfnis nach anderen objektiven Prüfungskriterien für eine eheähnliche Beziehung notwendig besteht. Diesem Bedürfnis wird man jedoch nicht mit Hilfe willkürlich festgesetzter zeitlicher Maßstäbe gerecht. Ein Konkubinat, das im Extremfall nur Tage gedauert hat, unterscheidet sich von einem anderen, das ein Menschenleben währte, nur in zeitlicher Hinsicht, wenn beide Erscheinungen den anfänglichen Willen der Parteien gemein haben, als Mann und Frau stets zusammenleben zu wollen. Ebenso wie man eine Ehe nicht deshalb leugnen kann, weil der Wille, sich für ein ganzes Leben an eine andere Person ehelich zu binden, schon bald revidiert werden kann[2], sollte man auch nicht das Konkubinat negieren, wenn einer der Konkumbenten sich nach Begründung der Verbindung eines anderen

---

1) Rodière, 62.

2) Rodière, 62, treffend: "On n'est pas plus intensément mariés lorsqu'on a fêté ses noces d'or qu'au lendemain ou même dans l'heure qui suit la célébration du mariage." Ebenso García Cantero, 85.

besinnt[1].

Bei einem großen Teil der Konkubinate bieten sich in Brasilien keine praktischen Schwierigkeiten im Hinblick auf die Ermittlung des (subjektiven) Willens der Beteiligten, zusammen zu leben. Etwa 25 % derjenigen Personen, die sich anläßlich des Zensus von 1950 für verheiratet erklärt haben, waren lediglich religiös getraut[2]. Sie gelten als nicht verheiratet, weil der Staat die kirchliche Trauung nicht ausreichen läßt. Dennoch stand am Beginn all dieser Verbindungen ein (kirchlicher) Publizitätsakt, wobei der Konsens des Zusammenlebens öffentlich verlautbart wurde.

Der überwiegende Teil der Konkubinate ist durch das Unterhalten sexueller Beziehungen gekennzeichnet. Daraus folgt aber nicht, daß ein Konkubinat stets eine Geschlechtsgemeinschaft aufweisen muß. Parallel zum Eherecht, wo das Fehlen des Geschlechtsverkehrs keine Auswirkungen auf die Existenz einer Ehe hat[3], kann man sich auch ein Konkubinat vorstellen, bei dem der Wille auf ein Zusammenleben gerichtet ist, das auch ohne Sexualverkehr aufrechterhalten werden soll[4].

Somit steht fest, daß die Beziehung vom anfänglichen Willen beider Konkumbenten zum dauerhaften Zusammenleben gekennzeichnet sein muß, nicht aber notwendig von einer kontinuierlichen geschlechtlichen Gemeinschaft begleitet zu sein braucht.

---

1) Anders Baumann, 43 f.; Trigueiros, Rev. Trib. 389, 26: "Der Zeitfaktor kann offensichtlich nicht und darf nicht festgelegt werden, sondern er muß der Beurteilung des Richters von Fall zu Fall überlassen bleiben." Dennoch meint der Verfasser: "Die einfache Willensbekundung der Geliebten (amantes) reicht nicht aus, selbst wenn sie von äußerlichen Handlungen, wie Wohnungsbeschaffung und Schein einer Ehe begleitet ist..." Der Zeitablauf beweise, ob es sich um ein Konkubinat oder nur um eine "Romanze" handelt.

2) Mortara, Estudos Demográficos Nr. 158, 1; Nr. 260, 3.

3) Nur die Unkenntnis vorehelicher Impotenz ist Anfechtungsgrund. Die nachträgliche Impotenz ist für den rechtlichen Bestand der Ehe dagegen unerheblich; dazu oben S. 90.

4) a.A. Rodière, 61 f., der einem Zirkelschluß erliegt. Er leitet die

In der brasilianischen Sozialgesetzgebung finden sich Regelungen, die der Gefährtin, die mehr als fünf Jahre mit dem Versicherten zusammengelebt hat, eigene Rentenansprüche gewähren[1]. Die fünfjährige Konkubinatszeit ist allerdings nur als spezielle Voraussetzung dieser sozialrechtlichen Ansprüche zu begreifen und hat keinen eigenen Stellenwert bei der Untersuchung, ob ein Konkubinat vorliegt[2]. Das gleiche gilt für die Dreijahresfrist, die in der französischen Versorgungsgesetzgebung zugunsten der Konkubine aus Anlaß der Kriege aufgestellt wurde[3].

Eine allgemeine Tendenz, die Anerkennung eines Konkubinates von bestimmten und starren Zeitfaktoren, wie etwa den in der brasilianischen und französischen Sozialgesetzgebung gewählten Fünf- bzw. Dreijahresfristen abhängig zu machen, ist in keiner der beiden Rechtsordnungen feststellbar.

4) Nichtvorhandensein von Ehehinderungs- und Aufhebungsgründen

Die eingangs zitierte enge Definition des Konkubinates, derzufolge ein Konkubinat bei Vorliegen von Ehenichtigkeits- und Aufhebungsgründen nicht anerkannt wird[4], macht nicht deutlich, ob sie sich auf eheliche Verbindungen vor ihrer Aufhebung bezieht, ob sie die Beziehung der Ex-Ehepartner nach diesem Zeitpunkt betrifft oder ob sie für solche Gemeinschaften gelten soll, die von vornherein nicht als eheliche Zusammenschlüsse gedacht sind.

In Kapitel 2, in dem die verschiedenen Ehenichtigkeits- und Aufhebungsgründe besprochen wurden, ist gezeigt worden, daß

Sittenwidrigkeit des Konkubinates aus dem Vorliegen sexueller Beziehungen ab und folgert daraus (!), daß ein Konkubinat stets eine Geschlechtsgemeinschaft beinhalte.

1) Siehe unten S. 172 ff.

2) de Moura Bittencourt 1975, 68.

3) Siehe dazu auch unten S. 186.

4) Siehe oben S. 99.

die erste Gruppe, bestehend aus Art. 183 I-VIII c.c., absolute Nichtigkeitsgründe enthält, die ex officio geltend gemacht werden, während die Eheaufhebung wegen relativer Ehenichtigkeit, gem. Art. 183 IX-XII c.c., der individuellen Initiative der direkt Betroffenen überlassen ist. Bis zur Nichtigkeitserklärung der unter Art. 183 I-XII c.c. fallenden Ehen hat man es mit eherechtlich wirksamen Verbindungen zu tun. Ein Zustand außerehelicher Lebensverbindungen kann vor der gerichtlichen Eheauflösung nicht vorliegen[1].

Mit der Beendigung des gerichtlichen Ungültigkeitsverfahrens, an dessen Ende ein Richterspruch steht, aufgrund dessen eine Ehe für unwirksam erklärt wird, tritt die Verbindung, die nun keine Ehe mehr ist, in ein neues Stadium. Die vormaligen Eheleute können entweder unter dem Eindruck des Auflösungsurteils ein weiteres Zusammenleben aufgeben oder aber ihre Lebensgemeinschaft "außerhalb des Eherechts" fortsetzen. Im zweiten Fall erhebt sich die Frage, ob die Umstände, die zuvor zur Nichtigkeitserklärung der Ehe geführt haben und die danach tatsächlich weiterhin vorliegen mögen, auch bei der nachträglichen nichtehelichen Lebensgemeinschaft entsprechend berücksichtigt werden müssen. Diese Frage stellt sich auch für die Gruppe jener Zusammenschlüsse, die von Anbeginn als nichteheliche gewollt sind, denn auch hier kann man vertreten, daß die gesetzgeberischen Wertungen, aufgrund derer die Ehenichtigkeits- und Anfechtungsgründe aufgestellt wurden, maßgeblich seien.

Die Frage, ob die eherechtlichen Nichtigkeits- und Aufhebungsgründe analog für nichteheliche Verbindungen gelten, wird - wie schon erwähnt - jedoch selten erörtert. Bei französischen Autoren wird dieses Problem kaum abgehandelt[2], vielmehr wird das Bestehen von gesetzlichen Ehehinderungsgründen als eine der Ursachen für die Existenz von Konku-

---

1) Baumann, 74.

2) Las Cases, 3, berührt die Frage mit der kurzen Bemerkung: "Pour nous la concubine sera donc cette femme qui, ayant simplement omis de se marier, mène une vie en tous points semblable à celle d'une femme légitime..."

binaten gewertet[1]. Im brasilianischen Schrifttum wird sogar die Mehrzahl der Konkubinate in Brasilien in erster Linie auf das Bestehen von Ehehinderungsgründen zurückgeführt[2]. Die Súmula Nr. 35 des STF gesteht der Konkubine eine Entschädigung wegen arbeits- oder verkehrsbedingtem Unfalltod ihres Gefährten nur dann zu, wenn zwischen ihnen kein Ehehindernis bestand[3]. Diese Auffassung hat allerdings in Literatur und Rechtsprechung Widerspruch erfahren[4].

Kritik

Alle Stellungnahmen haben also gemein, daß sie jedenfalls generell eine analoge Heranziehung der Ehehindernisse nach Art. 183 c.c. für die rechtliche Würdigung von Konkubinaten nicht vorsehen. Das muß folgerichtig dazu führen, daß man der Kategorie der Konkubinate grundsätzlich auch diejenigen Verbindungen zuordnet, die aus gerichtlich für unwirksam erklärten Ehen resultieren oder bei denen wegen des Bestehens von Ehehindernissen eine Heirat nicht in Frage kommt. Dieses Ergebnis erscheint dort bedenklich, wo man das Konkubinat von seinen Rechtswirkungen her der Ehe angleicht, wie das in der Sozialgesetzgebung geschehen ist[5]. Das Konkubinat ist dann nicht mehr bloßer Sammelbegriff für eine Vielzahl von Verbindungen, auf die das Eherecht keine Anwendung findet, sondern es stellt ein eigenständiges Rechtsinstitut dar, das der Ehe angenähert wird. Diese Annäherung, die durch eine zunehmende rechtliche Absicherung der Konkubine gekennzeichnet ist, darf aber nicht dazu

---

1) Diese Beziehung klingt bei Mazeaud-Mazeaud, 711, an. Es wird darauf hingewiesen, daß die Vereinfachung der Eheschließung durch Verminderung der Ehehindernisse die Zahl von unions libres zurückdränge; García Cantero, 51.

2) Dias, 88.

3) Súmula, 43; D.J. v. 6.6.1963, 370. Näheres dazu unten S. 148.

4) de Moura Bittencourt 1975, 277 ff. m.w.N.

5) Siehe unten S. 169 ff.

führen, daß die Eheverbote, die im Eherecht aus sittlichen oder volkshygienischen Gründen aufgestellt wurden, durch Begründung geschützter eheähnlicher Gemeinschaften umgangen werden.

Analoge Anwendung der Ehehindernisse

Verbindungen zwischen Personen, die wegen verwandtschaftlicher Nähe nach Art. 183 I-V c.c. einander nicht heiraten dürfen, widersprechen den sittlichen und volkshygienischen Zielsetzungen des Gesetzgebers[1]. Deshalb ist der Schutz der Konkumbenten, der sich, wie beim brasilianischen Gesetz über Arbeitsunfälle, unmittelbar aus der Tatsache ergibt, daß der Verunglückte mit der Anspruchsberechtigten in einem Konkubinat lebte, abzulehnen, wenn die Konkumbenten verwandt sind[2].

Das Bigamieverbot des Art. 183 VI c.c. hat für die Konkubinatsdefinition nur insofern Bedeutung, als der Gesichtspunkt des Ehebruchs, der bei bigamischen Beziehungen im Hinblick auf die erste und allein gültige Ehe grundsätzlich berührt wird, dazu führt, daß ein ehebrecherisches Konkubinat keine Rechtswirkungen zugunsten der Konkubine entfalten kann. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die Eheleute, die mit Dritten Konkubinate unterhalten, nicht gerichtlich voneinander getrennt worden sind. In den übrigen Fällen, bei denen die eheliche Gemeinschaft durch desquite beendet wurde, kann das Konkubinat nicht ehebrecherischen Charakter haben. Art. 183 VI c.c. ist dann nur insoweit bedeutsam, als das Verbot, neue Ehen einzugehen, für gerichtlich getrennte Ehegatten einen Grund liefern kann, das Zusammenleben mit Dritten in einem Konkubinat zu wählen[3].

---

1) Siehe dazu oben S. 63 ff.

2) Chaves, 48.

3) Siehe dazu unten S. 133 f.

Die analoge Anwendung des Art. 183 VII und VIII c.c., der verhindern soll, daß ein Ehegatte den außerehelichen Partner heiratet bzw. daß ein Ehegatte denjenigen ehelicht, der sich eines Verbrechens gegen das Leben des anderen Ehepartners schuldig gemacht hat[1], führt dazu, daß einer (nichtehelichen) Beziehung, die sich zwischen den beiden vom Eheverbot betroffenen Personen entwickelt, jeder Rechtsschutz zu versagen ist. Beide Fälle stehen mit dem Ehebruch in engstem Zusammenhang. Die Stigmatisierung des Ehebruchs[2] muß folgerichtig auch dazu führen, daß ehebrecherische Geschlechtsgemeinschaften nicht den Schutz genießen sollen, der Konkubinaten zuteil wird, die sich nicht gegen die Existenz ehelicher Gemeinschaften richten[3].

In den weiteren Fällen des Art. 183 IX-XI c.c., bei denen eine analoge Heranziehung für das Konkubinat in Frage kommt, also bei Zwang und Zustimmungsunfähigkeit, Entführung und bei fehlender Einwilligung der Vertretungsberechtigten[4] ist der Wille, ein Konkubinat einzugehen, entweder nicht feststellbar oder unbeachtlich. Nach der hier vertretenen Auffassung ist aber der Wille zur Begründung und Aufrechterhaltung einer Konkubinatsbeziehung ein wesentliches Merkmal für die Abgrenzung der eheähnlichen Gemeinschaft von anderen, flüchtigen Beziehungen[5].

Verbindungen zwischen Personen, denen die fehlende Altersreife eine Eheschließung nach Art. 183 XII c.c. verwehrt[6],

---

1) Siehe dazu oben S. 75 f.

2) Nach Art. 240 § 4 c.p. ist der Ehebruch auch dann strafbar, wenn das Zusammenleben der Eheleute beendet wurde, doch kann das Gericht von Strafe absehen. Das sieht Dias, 92, nicht, der Straflosigkeit annimmt.

3) STF Urt. v. 12.9.1967, Rev. Trim. Jurpr. 43, 51 ff.; TJSP Urt. v. 29.3.1973, Rev. Trib. 459, 86 ff.; TJGB Urt. v. 4.5.1973, Rev. Trib. 458, 224 ff.; Wald, Rev. Forense 229, 30.

4) Siehe dazu oben S. 77 ff.

5) Siehe dazu oben S. 103 f. Eine Ausnahme ist bei Minderjährigen aus den auf S. 110 ff. genannten Gründen zu machen.

6) Siehe dazu oben S. 81 f.

sind gleichfalls daraufhin zu untersuchen, ob sie als Konkubinate anerkannt werden können. Die vom I.B.G.E. durchgeführten Erhebungen berücksichtigen im Jahre 1970 die Altersgruppen zwischen 15 und über 70 Jahren. Wenn auch die jüngste Altersgruppe in dem Befragungsschema die 15- bis 19-jährigen Personen gemeinsam erfaßt und daher nicht deutlich werden kann, wie sich die fünf darin enthaltenen Jahrgänge im einzelnen verhalten, so darf man doch annehmen, daß ein Gutteil der Befragten unter dem Heiratsalter von 18 Jahren bei Männern und 16 Jahren bei Frauen liegt. Die folgende Tabelle zeigt, daß auch in der Gruppe der nicht heiratsreifen Personen nichteheliche Verbindungen festgestellt werden können:

Domizil und Altersgruppen	Status							
	Total		Verheiratet					
			Total		Arten der Verbindungen			
					Zivil u.religiös		Nur zivil	
	Männer	Frauen	Männer	Frauen	Männer	Frauen	Männer	Frauen
Total	26633513	27379511	14983089	14912321	9676794	9614866	2117516	2099934
15 - 19	5013764	5305903	69804	636364	25577	295674	18470	161411

Domizil und Altersgruppen	Status							
	Verheiratet				Getrennt		Desquitado	
	Arten der Verbindungen							
	Nur religiös		Konsensual					
	Männer	Frauen	Männer	Frauen	Männer	Frauen	Männer	Frauen
Total	2162268	2147286	1026511	1050235	403993	861153	38534	77381
städtisch	563422	558551	620943	637815	235291	611416	33956	72364
ländlich	1598846	1588735	405568	412420	168702	249737	4578	5017
15 - 19	13450	105084	12307	74195	4569	28632	137	684
städtisch	2814	21938	6619	37599	2253	16666	73	526
ländlich	10636	83146	5688	36596	2316	11966	64	158

Das vom código civil aufgestellte Alterserfordernis ergibt sich nicht aus der Vorgeschichte des brasilianischen Eherechts. Das Dekret Nr. 181 vom 24.1.1890 ging noch vom Mindestalter von 14 Jahren für Frauen und 16 Jahren für Männer aus. Davor galt gar das Minimum von 12 bzw. 14 Jahren.

Auch in jüngster Zeit hat man versucht, die auf die spezifisch brasilianischen Verhältnisse zugeschnittene Altersuntergrenze von 14 und 16 Jahren wieder einzuführen[1].

1) Gomes, Anteprojeto, 52.

Im Zusammenhang mit der Erörterung des Ehehindernisses aus Art. 183 XII c.c., wonach Frauen unter sechzehn und Männer unter achtzehn Jahren auch mit Einwilligung der Eltern nicht heiraten können, wurde gezeigt, daß das Zivilgesetzbuch Ausnahmen vom Alterserfordernis in den Art. 214, 215 c.c. vorsieht. Nach der ersten Vorschrift kann eine Heirat trotz unzureichenden Alters zugelassen werden, wenn damit der Verhängung einer Kriminalstrafe vorgebeugt werden soll. Gemäß der zweiten Norm ist die Aufhebung einer unter Verletzung des Art. 183 XII c.c. zustandegekommenen Ehe verboten, wenn Schwangerschaft eingetreten ist[1]. Der Gesetzgeber war sich also der Häufigkeit solcher Beziehungen bewußt. Er hat unter Abwägung der staatlichen Interessen an der Aufrechterhaltung der Altersschranken für Heiratswillige einerseits und den Belangen der ehewilligen Jugendlichen bzw. deren Nachkommenschaft andererseits zugunsten der Lockerung des Eheverbotes aus Art. 183 XII c.c. entschieden. Es ist kein Grund ersichtlich, warum diese Wertungen des Gesetzgebers nicht entsprechend auf das Konkubinat übertragen werden. Man wird jedoch, abgesehen von den bezeichneten Ausnahmen, die das Eherecht bereits gesetzlich vorsieht, die in Art. 183 XII c.c. aufgestellten Alterserfordernisse auf ihre generelle Anwendbarkeit hinsichtlich der eheähnlichen Gemeinschaften überprüfen müssen. Dafür sprechen Gründe, die sich aus einer soziologischen Analyse der brasilianischen Bevölkerungs- und Altersstruktur ergeben.

In den Landesteilen und in den Bevölkerungsschichten, in denen das Eherecht seine normative Wirksamkeit nicht entfalten konnte, weil der auf wirtschaftliche Rückständigkeit und Armut zurückzuführende geringe Bildungsstand der Verbreitung und dem Verständnis eherechtlicher Normen entgegensteht, dürfte die Geschlechtsreife und nicht das in Art. 183 XII c.c. niedergelegte Heiratsmindestalter ein "natürliches" Ehehindernis darstellen[2]. Eine analoge Anwendung der gesetzlichen Regelung mit der Folge, die Ver-

---

1) Siehe dazu oben S. 81 f.

2) Mortara, Estudos Demográficos Nr. 260, 5. Zu den Ursachen des Konkubinates siehe unten S. 124 ff.

bindungen von Personen, die sich vor Erreichung der gesetzlichen Heiratsreife zu einer eheähnlichen Gemeinschaft zusammenfinden und die zudem häufig davon ausgehen, ordnungsgemäß verheiratet zu sein, weil sie sich religiös haben trauen lassen[1], als rechtlich inexistent zu betrachten und ihnen damit jene Vorteile zu verwehren, die das Gesetz in bestimmten Fällen für die Konkumbenten vorsieht[2], erscheint wenig sinnvoll. Ein Interesse des Staates an der Reglementierung eheähnlicher Beziehungen, das im Hinblick auf die Verhinderung inzestuöser, sittlich verwerflicher oder durch Zwang bzw. Zustimmungsunfähigkeit zustandegekommener Verbindungen zu bejahen ist, muß bezüglich einer Analogie zu Art. 183 XII c.c. jedoch verneint werden. Einem Konkubinat zwischen zwei aus Altersgründen nicht Heiratsfähigen, die, wenn sie miteinander die Ehe schlössen, unter den von Art. 214, 215 c.c. geregelten Voraussetzungen sogar vor einer Auflösung ihrer an sich relativ unwirksamen Heirat sicher wären, ist die rechtliche Anerkennung nicht zu versagen.

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, daß das Konkubinat nur zwischen Personen bestehen kann, denen die Heirat miteinander nicht aus Gründen der verwandtschaftlichen Nähe, des Ehebruchs, Mordversuchs sowie der Zustimmungsmängel entsprechend Art. 183 IX-XI c.c. verwehrt werden könnte. Das bedeutet, daß eine Gruppe von Verbindungen außerhalb der Kategorie des Konkubinates verbleibt, bei denen das nicht der Fall ist. Für sie sollte der rechtliche Schutz, den das Konkubinat z.B. in der Sozialgesetzgebung zugunsten der Konkubine erfahren hat, nicht in Betracht kommen.

---

1) In den ländlichen Gebieten sind bei den Männern der jüngsten Altersgruppe die religiösen Heiraten fast zweimal häufiger anzutreffen als die reinen Konsensualverbindungen. Das Verhältnis ist bei den Frauen für die religiösen Heiraten etwas günstiger, doch sind die Zahlen im Hinblick darauf, daß die Frauen ohnehin mit 16 Jahren heiraten können, wenig instruktiv; vgl. Tabelle oben S.111.

2) Zu den Rechtsfolgen des Konkubinates siehe unten S. 138 ff.

5) Wohnen unter demselben Dach

Schwerpunkt der Konkubinatsdefinition ist die Lebens- und Interessengemeinschaft. Daran knüpft sich die Frage, ob diese Gemeinschaft sich auch räumlich manifestieren muß. Tatsächlich begründen das Zusammenwohnen und die Führung eines gemeinsamen Haushaltes eine starke Vermutung für das Vorliegen einer Lebensgemeinschaft.

Die engere Definition des Konkubinates, die außer dem Merkmal der Nichtehelichkeit der Verbindung zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts, die Kontinuität der geschlechtlichen Beziehungen und die Offenkundigkeit der Verbindung enthält, schließt unter anderem das Erfordernis des gemeinsamen Wohnens unter demselben Dach ein[1]. Man vertrat einst die Auffassung, daß sich das Zusammenleben im gemeinsamen Haushalt unter demselben Dach bei der Ehe und dem Konkubinat nicht unterscheide[2]. Nach einer früher von Esmein geäußerten Ansicht bedeutete die union libre "celle d'un homme et d'une femme vivant en ménage, c'est-à-dire en fait comme deux époux, sans être mariés"[3]. Die besondere Betonung der gemeinsamen Haushaltsführung unter demselben Dach führte schließlich dazu, daß für die union libre die Synonyme "ménage irregulier", "ménage apparent", "ménage de fait", "ménage hors la loi", "ménage sans la sanction de la loi" und "faux ménage" verwendet wurden[4].

Nachdem man erkannte, daß eine eheliche Gemeinschaft auch bestehen kann, wenn die Ehegatten nicht unter demselben Dach leben und daß ferner eine Ehe sich durch öffentliche Urkunden und Zeugen unabhängig vom Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft beweisen läßt, war einer Gleichsetzung

---

1) Medeiros da Fonseca, 188; Dias, 40; García Cantero, 85; Rodière, 60 f.; Baumann, 44 f.; Gomes-Carneiro, 216.

2) Baumann, 44; Stückradt, 2 f.

3) Esmein, Rev. trim. civ. 1935, 747 f.

4) García Cantero, 3; Julliot de la Morandière, 428; Rodière, 54 ff.

von Ehe und Konkubinat insoweit die Grundlage entzogen. Weiterhin wurde die Gefahr gesehen, daß sich ein Konkumbent möglichen Ansprüchen der Konkubine dadurch entziehen könnte, daß er die gemeinsame Wohnung verließe und damit ein wichtiges Indiz für das Vorliegen einer Gemeinschaft entfallen würde[1]. Schließlich gibt es Fälle, wo das gemeinsame Wohnen unter demselben Dach, begleitet von Geschlechtsbeziehungen, kein Konkubinat darstellt, weil die räumliche Nähe durch ein Dienstverhältnis begründet ist, so zum Beispiel, wenn jemand sich eine Hausangestellte auch für andere als nur haushaltsbezogene Dienste hält[2].

Inzwischen haben zahlreiche Autoren auf das Erfordernis des Zusammenwohnens ausdrücklich verzichtet[3]. Die Rechtsprechung pflichtet dem bei[4]. Die häufig zitierte ständige Rechtsprechung des Supremo Tribunal Federal, die sich mit dem Problem auseinandergesetzt hat, legt dementsprechend fest, daß "das Zusammenleben unter demselben Dach, more uxorio, nicht unverzichtbar für die Charakterisierung des Konkubinates" sei[5]. Seither kann man in der Judikatur zu dieser Frage keine Kontroversen mehr feststellen und darf die höchstrichterliche Orientierung als allgemeinverbindlich betrachten[6].

---

1) de Moura Bittencourt I, 152.

2) TARGdS Urt. v. 19.12.1940, Rev. Trib. 138, 275 ff.; de Carvalho Santos V, Art. 363 Anm. 3.

3) Aubry-Rau-Esmein, 370 f.; Marty-Raynaud, 888; Rodrigues, 245; Gomes-Carneiro, 217; da Silva Pereira, Rev. Forense 190, 15; de Barros Monteiro, 14; de Moura Bittencourt I, 152 ff.; wohl auch Dias, 41.

4) STF Urt. v. 20.5.1947, Rev. Forense 116, 421 ff.; TASP Urt. v. 18.11. 1942, Rev. Trib. 145, 653: Das Leben unter einem Dach zu verlangen, hieße, die Vaterschaftsfeststellung zu verhindern. Hier erhält die Definition also Abklärung aus dem Bereich des Nichtehelichenrechts; TJSP Urt. v. 20.6.1961, Rev. Trib. 316, 174; TJMG Urt. v. 25.8.1961, Rev. Forense 204, 211. Die entsprechende französische Praxis wird anschaulich dargestellt von Madlener, 92 f. m.w.N.

5) Súmula Nr. 382, Direito 109, 165 ff.

6) Bestätigt durch STF Urt. v. 9.12.1969, Rev. Trim. Jurpr. 54, 128 ff.

6) Offenkundigkeit der Verbindung

Mit der Eliminierung des Merkmals des Wohnens unter demselben Dach mußte man auf ein Objektivierungselement verzichten, so daß der Nachweis für das Bestehen einer eheähnlichen Gemeinschaft erschwert wurde. Dementsprechend hat die Offenkundigkeit der Verbindung einen besonderen Stellenwert bei der Bestimmung, wann eine nichteheliche Gemeinschaft als Konkubinat zu werten ist, erhalten.

Das Konkubinat unterscheidet sich wesentlich von anderen nichtehelichen Beziehungen dadurch, daß es nicht als flüchtige oder geheimzuhaltende, weil kompromittierende, Erscheinung beabsichtigt ist. Es dient nicht allein der Befriedigung sexueller Ansprüche und wird häufig von den Partnern als Ehe gelebt und - in Unkenntnis des Fehlens bestimmter eherechtlicher Wirksamkeitserfordernisse - auch als Ehe betrachtet. Für die Konkumbenten besteht daher kein Anlaß, ihre Gemeinschaft vor den Augen Dritter zu verstecken, vielmehr müssen sie, um den sozialen Respekt und eine rechtliche Anerkennung ihres eheähnlichen Status zu verdienen, einen sichtbaren Beitrag im Sinne einer offenkundigen Lebensgemeinschaft leisten, so daß keine Zweifel an der Ernstlichkeit des Zusammenschlusses entstehen können. In diesem Sinne versteht auch die brasilianische Jurisprudenz das Merkmal der Offenkundigkeit in enger Anlehnung an französische Vorbilder[1].

Die Ausrichtung an französischen Quellen wäre aber in Brasilien nicht erforderlich gewesen, da das Erfordernis der Offenkundigkeit des Konkubinates dem brasilianischen Recht länger schon geläufig war. So hatte das große Gesetzeswerk der Ordenações Filipinas, das nach der Unabhängigkeit Brasiliens von Portugal per Gesetz vom 20.10.1823 für das Kaiserreich übernommen wurde, die Frage des Konkubinates in libe-

---

1) Vgl. da Silva Pereira, Rev. Forense 190, 15. Er zitiert Planiol-Ripert-Rouast, Traité pratique de droit civil français II, Nr. 905, 768; de Moura Bittencourt I, 146; Medeiros da Fonseca, 149 f.

raler Weise behandelt[1]. Buch 4, Titel 46 § 2 gewährte der Frau den Anspruch auf die Hälfte des Konkubinatsgutes, wenn die Konkumbenten in einem Haus zusammengelebt hatten und in den Augen der Gemeinschaft als Ehemann und Ehefrau sozial anerkannt waren. Buch 5, Titel 26 § 1 konkretisierte sogar die Öffentlichkeit, vor der das Paar als verheiratet zu gelten hatte und bezeichnete damit die Nachbarschaft und die Einwohner des Ortes, in dem es lebte (vizinhança e vila, onde fossem moradores). Auch wenn die Notorietät der Beziehung und das Zusammenleben unter einem Dach kumulativ gefordert wurden, so bleibt doch festzuhalten, daß der Offenkundigkeitsgedanke bekannt gewesen war. Er wurde nur durch die konkubinatsfeindliche republikanische Gesetzgebung von 1890 und 1916 verschüttet.

Heute kann verlangt werden, daß die Öffentlichkeit auf den Verwandten-, Bekannten- und Freundeskreis sowie die Nachbarschaft beschränkt werde, mithin auf jene Personengruppen, die nach den Verhältnissen einer mobilen Gesellschaft und den Großraumbezügen, in denen sich das Leben zunehmend abspielt, die Kommunikationspartner sind[2].

7) Definitionsvorschlag

Bei der Betrachtung der engeren Definition des Konkubinates erweist sich, daß einige Elemente, wie zum Beispiel das Er-

---

1) Dias, 44 f.; zum geschichtlichen Hintergrund des Konkubinates in den spanischen und portugiesischen Kolonien in Südamerika: Konetzke, 89 ff.

2) da Silva Pereira, Rev. Forense 190, 17, stützt sich auf die Analyse von Medeiros da Fonseca, 201, die zeigt, daß die höchstrichterliche Rechtsprechung sogar nur die "Möglichkeit des Bekanntwerdens der Beziehung" genügen läßt. Dies ist eine großzügige Formulierung, die praktisch keine Beweishilfen bietet, sondern - unausgesprochen - eine Vermutung für das Bestehen eines Konkubinates aus dem Element "Stabilität der Verbindung" und dem der "Treue der Konkubine" ableitet. Diese Vermutung ist jedoch nicht im einzelnen erklärt und begründet worden. Sie ist zudem dort hinderlich, wo es gerade auf die saubere definitorische Abgrenzung des Konkubinates von anderen nichtehelichen Verbindungen ankommt.

fordernis des Zusammenlebens unter demselben Dach oder das Vorliegen einer Geschlechtsgemeinschaft überholt sind, während etwa die Orientierung an den eherechtlichen Nichtigkeits- und Aufhebungsgründen und das Willensmoment bei der Begründung der eheähnlichen Gemeinschaft vernachlässigt werden. Eine aus der Vielzahl gerichtlicher Entscheidungen und theoretischer Abhandlungen gewonnene Inhaltsbeschreibung des Konkubinates als einer vom Recht anerkannten Institution, hat heute demnach anders zu lauten:

> Das Konkubinat ist eine offenkundige, mit dem Willen zur Dauerhaftigkeit begründete, nichteheliche Lebens- und Interessengemeinschaft von Mann und Frau, deren Eheschließung miteinander, außer im Falle einer noch bestehenden aber getrennten Ehe oder fehlender Altersreife, jederzeit möglich wäre.

II. Die Häufigkeit des Konkubinates

1) Brasilien

Nach dem 2. Weltkrieg sind in Brasilien in Abständen von 10 Jahren Erhebungen durchgeführt worden, die sich unter anderem auch mit der Ermittlung der freien Verbindungen, deren Häufigkeit und Ursachen beschäftigten. Die Erste wurde vom Instituto Brasileiro de Geografía e Estatística (I.B.G.E.) unter Federführung von Prof. Giorgio Mortara für 1950 ausgewertet[1]. Die neuste Untersuchung stammt aus dem Jahre 1970[2] und ist, soweit ersichtlich, in der brasilianischen Rechtsliteratur zum Thema Konkubinat noch nicht gebührend zur Kenntnis genommen worden.

Die größte Schwierigkeit bei der Durchführung derartiger

---

1) Estudos Demográficos Nr. 158.

2) I.B.G.E., Censo Demográfico Brasil, Tabela 5, 12 ff.; vgl. auch die Tabelle mit den zusammengestellten Werten unten S. 121.

Projekte ist, daß manche Befragte sich entweder als "verheiratet" angeben, auch wenn sie nur religiös getraut wurden, oder aber ihren zutreffenden rechtlichen Status "ledig", "getrennt" oder "verwitwet" nennen, ohne zugleich zu offenbaren, ob sie daneben in einer eheähnlichen Verbindung leben. Hinzu kommt eine Reihe von psychologischen Faktoren, die wegen der oft labilen gesellschaftlichen Situation der Konkumbenten, trotz aller Anonymität der Erhebungen, zu ausweichenden Antworten motivieren. Es ist bei den statistischen Ermittlungen der freien Verbindungen in Lateinamerika festgestellt worden, daß insbesondere die Frauen dazu neigten, das Leben in einer eheähnlichen Verbindung auch dann noch anzugeben, wenn diese bereits beendet war[1].

Für den Juristen besteht das eigentliche Problem bei der Auswertung der Daten darin, daß die Gruppe der nur religiös Getrauten in die Kategorie der Verheirateten integriert wurde. Damit wird ein Großteil dieser rechtlich als Konkubinate einzustufenden Verbindungen der korrekten Klassifikation entzogen[2].

Bei der Untersuchung von 1970 wurde berücksichtigt, ob die Befragten in Verbindungen lebten, die sich auf zivile, auf religiöse oder auf beide Eheschließungsarten gründeten oder ob es sich um formlose "stabile Konsensualverbindungen" handelte. Bedauerlich ist bei dieser Methode, daß die Kriterien für eine solche "stabile" Beziehung nicht offengelegt wurden. Für die Befragung sind sechs Kategorien aufgestellt worden[3]:

1. Die Ledigen - Personen, die weder zivil oder religiös geheiratet haben, noch in stabiler Konsensualverbindung leben.

---

1) Mortara, Estudos Demográficos Nr. 260, 1 ff.

2) Mortara, Estudos Demográficos Nr. 158, 1, berichtet, daß eine weitere Zählung für das Jahr 1950 ergeben habe, daß ein Viertel derjenigen Befragten, die sich als "verheiratet" bezeichneten, lediglich religiös getraut worden seien; vgl. auch de Moura Bittencourt 1975, 25 ff.

3) I.B.G.E., Censo Demográfico Brasil, S. XXIX; vgl. Tabelle unten S. 121.

2. Die Verheirateten - Personen, die zivil oder religiös verheiratet oder beides sind und mit ihrem Ehegatten zusammenleben sowie jene, die in stabiler Konsensualverbindung leben (jeweils getrennt aufgeführt).

3. Die Getrennten - Personen, die im obigen Sinn verheiratet, voneinander ohne gerichtliche Trennung oder Scheidung getrennt leben.

4. Die Desquitados - Personen, die nach gerichtlicher Trennung nicht mehr mit dem Ehegatten zusammenleben.

5. Die Geschiedenen - Personen, die nach nichtbrasilianischem Recht geheiratet haben und nach erwirkter Scheidung nicht mehr zusammenleben.

6. Die Verwitweten - Personen, die ihre Partner aus den Verbindungen zu 1-4 überlebt und nicht wieder geheiratet haben.

Diese Untergliederung ermöglicht die zahlenmäßige Erfassung der Konkubinate, die sich als religiös geschlossene Ehen oder Konsensualverbindungen darstellen. Die Untersuchung verfolgt jedoch nicht weiter, ob die Getrennten und die Desquitados, wie das häufig der Fall sein dürfte, eine Konsensualbeziehung nach Trennung vom Ehegatten eingegangen sind. Damit bleibt eine Reihe von Konkubinaten unerfaßt. Inwieweit solche Erfahrungswerte auch auf die Gruppe der Geschiedenen übertragen werden können, ist ungewiß, doch ist diese Frage angesichts der geringen Zahl von Geschiedenen von untergeordneter Bedeutung[1].

Die Erhebung von 1970 unterscheidet zwischen städtischer und ländlicher Bevölkerung[2]. Die Zahl der Befragten beider Gruppen ist nicht gleich groß. Die Städter überwiegen bei

---

1) Vgl. Tabelle unten S. 121.

2) Im Jahre 1970 zählten 44 % der Brasilianer zur ländlichen und 56 % zur städtischen Bevölkerung. Diese Zahlen haben sich für 1975 infolge einer 4 %-igen Landflucht geändert. Für 1980 erwartet man gar einen Rückgang der Landbevölkerung auf 30 %; vgl. I.B.G.E., Anuário Estatístico do Brasil 1975.

den Männern um 3.691.071 und bei den Frauen um 6.175.845. Damit werden die in der Tabelle aufgeführten absoluten Ziffern relativiert[1].

Status der Bevölkerung ab 15 Jahren

Domizil, städtisch und ländlich	Status							
	Total		Verheiratet					
			Total		Arten der Verbindungen			
					Zivil u.religiös		Nur zivil	
	Männer	Frauen	Männer	Frauen	Männer	Frauen	Männer	Frauen
Total	26633513	27379511	14983089	14912321	9676796	9614866	2117516	2099934
städtisch	15162292	16777678	8570593	8528781	6125130	6083113	1261098	1249302
ländlich	11471221	10601833	6412496	6383540	3551664	3531753	856418	850632

Domizil, städtisch und ländlich	Status							
	Verheiratet				Getrennt		Desquitado	
	Arten der Verbindungen							
	Nur religiös		Konsensual					
	Männer	Frauen	Männer	Frauen	Männer	Frauen	Männer	Frauen
Total	2162268	2147286	1026511	1050235	403993	861153	38534	77381
städtisch	563422	558551	620943	637815	235291	611416	33956	72364
ländlich	1598846	1588735	405568	412420	168702	249737	4578	5017

Domizil, städtisch und ländlich	Status							
	Geschieden		Verwitwet		Ledig		Ohne Angaben	
	Männer	Frauen	Männer	Frauen	Männer	Frauen	Männer	Frauen
Total	401	573	565235	2338777	10608630	9162654	33631	26652
städtisch	379	556	285846	1602075	6013447	5943519	22780	18967
ländlich	22	17	279389	736702	4595183	3219135	10851	7685

1) Zusammengestellt aufgrund der Daten des I.B.G.E., Censo Demográfico Brasil 1970, Tabela 5, 12 ff. Zum Vergleich sei auf das Ergebnis der von Mortara, Estudos Demográficos Nr. 260, ausgewerteten Untersuchungen über die Häufigkeit freier Verbindungen in Lateinamerika verwiesen. Die Studie basiert auf Daten des Annuaire démographique 1949-50 und 1955 der Vereinten Nationen sowie auf Angaben des Interamerikanischen Institutes für Statistik, La estructura demográfica de las naciones americanas, Bd. I, 2. Buch. Die meisten Konkubinate wurden danach in einigen mittelamerikanischen Staaten ermittelt, voran Guatemala, wo auf 100 Verheiratete 213,1 Konkumbenten kommen, sowie in der Karibik, wo Haiti bei den Frauen mit 314,7 auf 100 verheiratete Frauen an der Spitze liegt. Bei den Männern beträgt das Verhältnis 276,6 auf 100. In den südamerikanischen Staaten - Argentinien und Brasilien wurden nicht berücksichtigt - weist Venezuela mit 71,9 Konkubinen auf 100 Ehefrauen und 62,4 Kon-

Auffallend ist, daß trotz des zahlenmäßigen Unterschiedes zwischen Städtern und Landbewohnern, die Zahl der nur religiös getrauten und damit rechtlich als Konkumbenten geltenden Personen bei der Landbevölkerung, in absoluten Zahlen ausgedrückt, fast dreimal höher liegt als bei den Stadtbewohnern. Das bestärkt andernorts geäußerte Vermutungen, daß im Landesinneren die Konkubinate mehr als die Hälfte aller Verbindungen - eheliche und nichteheliche zusammengerechnet - ausmachen[1]. Es ist auch auffallend, daß in den ländlichen Regionen die freien Verbindungen ohne religiöse Zeremonie im Verhältnis von 1:4 zu jenen stehen, an deren Anfang eine religiöse Trauung erfolgte. Damit wird deutlich, daß das Konkubinat als "freie" Verbindung, wenn es als Gegenstück zu einer ehelichen Bindung gedacht sein soll, sich keiner großen Beliebtheit erfreut. Die hohe Zahl religiöser Trauungen - sie liegt doppelt so hoch wie die der rein zivil und damit wirksam geschlossenen Ehen - erklärt sich aus der weitverbreiteten Fehlinformation, daß die Heirat vor dem Priester die Ehe begründe.

Eine totale Umkehrung erfahren die Verhältnisse bei der Stadtbevölkerung. Hier sind nicht nur die Zivilehen mehr als zweimal so zahlreich wie die religiös begründeten Verbindungen, sondern auch die freien Konsensualverbindungen häufiger als die religiösen.

2) Frankreich

In Frankreich ist die Verbreitung der union libre erstmals auf nationaler Basis durch das Institut National de la Sta-

---

kumbenten auf 100 Ehemänner die höchste Konkubinatsziffer auf; Winch-Godman, 202; Thomas, 74, zieht die Statistiken über den Anteil der in Lateinamerika geborenen außerehelichen Kinder heran, um damit die Abkehr von der tradierten Gestalt der Ehe zu veranschaulichen. Die Quoten liegen danach in Panama bei 83,9 % und in Guatemala bei 71,6 % (1958). Für die Verbreitung des Konkubinates in diesen Ländern lassen sich aber daraus keine exakten Zahlen gewinnen, da außereheliche Kinder auch aus flüchtigen Sexualverbindungen stammen können; so auch de Moura Bittencourt 1975, 26.

1) de Moura Bittencourt 1975, 26 f.; Dias, 76 f.

tistique et des Études Économiques erforscht und von Théry ausgewertet worden[1]. Die Erhebung erfolgte durch Befragung der in den einzelnen Haushalten wohnenden Personen anhand von Fragebögen. Die Befragten hatten ihre verwandtschaftlichen oder sonstigen Beziehungen zum Familienoberhaupt, "chef de ménage", anzugeben, einschließlich solcher, die sich auf ein eheähnliches Zusammenleben gründeten[2].

Die Statistik weist danach 281.460 "irreguläre" Haushalte (foyers irréguliers) bei fast 10 Millionen regulärer Ehen auf; es kommen also 282 Konkubinate auf 10.000 eheliche Gemeinschaften. Diese Zahl dürfte jedoch in Wirklichkeit höher liegen, weil sich die Untersuchung auf die Altersgruppen von 25 bis 64 Jahren beschränkt hat[3].

Der nationale Durchschnitt von 130 Konkumbenten auf 10.000 Einwohner wird hauptsächlich in den nordfranzösischen Départements übertroffen; eine schwache Ausprägung erfährt das Konkubinat in einer 25 Départements umfassenden Zone, die sich vom Nord-Westen zum Süd-Osten Frankreichs erstreckt[4]. Die durchschnittliche Verbreitung des Konkubinates ist in den Zonen von Loire und Garonne, einigen Regionen der vorerwähnten Achse Nord-West/Süd-Ost und vier einzelnen Départements an der Ostgrenze zu verzeichnen[5]. Eine klare geographische Schwerpunktbestimmung läßt sich demnach nicht vornehmen. Die Untersuchung hat ferner ergeben, daß die Zahl der Konkubinate unter den Erwerbstätigen dienstleistender Berufe (Kellner, Taxifahrer, Hausangestellte etc.) und unter den Arbeitern (58,4 %) am höchsten liegt, die somit vor den Gewerbetreibenden und Kleinhändlern rangieren. Diese Gruppe wird gefolgt von den kleinen und mittleren Angestellten, den Landarbeitern, den Freiberuflern, höheren Angestellten und Angehörigen von Streitkräften und

---

1) Théry, 33 ff.
2) Théry, 34.
3) Théry, 37.
4) Théry, 38 f.
5) Théry, 39.

Polizei. Die geringste Verbreitung ist bei den Landwirten zu registrieren[1].

III. Ursachen des Konkubinates

1) Ökonomische Bedürftigkeit

Die speziell auf lateinamerikanische Verhältnisse zugeschnittenen Erklärungen für die dortige Verbreitung des Konkubinates zeigen verschiedene Ursachen auf, wie etwa das Fortbestehen der für die Zeit der Sklaverei typischen Promiskuität, die Überlieferung stammesrechtlicher Heiratsrituale der Eingeborenen, Kommunikationsschwierigkeiten mit den entfernungsmäßig teilweise nur schwer erreichbaren Behörden, Unkenntnis, Armut und Fehlen eines ausgeprägten staatsbürgerlichen Bewußtseins. Sie alle verhindern die Entfaltung der normativen Kraft des Eherechts[2]. Diese Einzelaspekte dürfen jedoch nicht isoliert betrachtet werden, vielmehr sind sie als Merkmale einer gewissen sozialen Desorganisation[3] vor dem jeweiligen sozio-ökonomischen Hintergrund zu untersuchen. Erklärungen, die auf Stammesbräuche oder fehlendes Staatsbewußtsein abstellen, können nur verständlich werden, wenn sie das wirtschaftliche und kulturelle Niveau der Betroffenen aufzeigen.

a) Einkommenslage der brasilianischen Bevölkerung[4]

Im Stichjahr 1970 hatten von 29.557.224 Erwerbstätigen (45 %), denen 36.304.895 Nichterwerbstätige (55 %) gegen-

---

1) Théry, 40.

2) Mortara, Estudos Demográficos Nr. 260, 5 f.; de Moura Bittencourt 1975, 24; Dias, 76 f.; García Cantero, 39; Thomas, 74; Rodman, 224.

3) König, 262.

4) Erwerbstätige ab dem 10. Lebensjahr.

überstanden, 18.789.282 Männer und Frauen ein Monatseinkommen von Cr$ 200,-- und weniger[1].

Minimalgehalt eines Erwachsenen für 30 Tage und 240 Arbeitsstunden. Gegenüberstellung der Bundeseinheiten mit dem niedrigsten und höchsten Minimalgehaltsspiegel (siehe N 2)

Jahr u. Monat	niedrigst				höchst			
	Bundeseinheiten	Monat	Tag	Stunde	Bundeseinheiten	Monat	Tag	Stunde
April 1970	Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco (außer Recife u. Olinda), Alagoas, Sergipe, Bahia (2.Unterregion)	124,80	4,16	0,52	Guanabara, Rio de Janeiro, São Paulo (1.Unterregion)	187,20	6,24	0,78
Mai 1975	Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco (2.Unterregion), Alagoas, Sergipe, Bahia (2.Unterregion)	376,80	12,56	1,57	Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo, Distrito Federal	532,80	17,76	2,22
April 1976	Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco (2. Unterregion), Alagoas, Sergipe, Bahia (2.Unterregion)	544,80	18,16	2,27	Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo, Distrito Federal	768,00	25,60	3,20

Die in der nationalen Berufsskala mit Abstand am stärksten (ca. 40 %) repräsentierten Erwerbstätigen stehen mit der Landwirtschaft im weitesten Sinne im Zusammenhang: Agrikultur, Viehzucht, Forstwirtschaft, Fischzucht etc.

Die Analyse der Erwerbslage dieser ausgedehnten Berufsgruppe zeigt, daß von 12.871.863 Erwerbstätigen 9.275.062 Frauen und Männer, also 72 %, ein Monatseinkommen von Cr$ 200,-- und weniger aufweisen und damit etwa die Hälfte aller Erwerbstätigen auf Bundesebene ausmachen, die in dieser Ver-

---

1) Zusammengestellt aufgrund der Angaben des I.B.G.E., Censo Demográfico do Brasil, Recenseamento Geral 1970, 113 f. Die Gesamtbevölkerung Brasiliens 1970: 93.139.037, 1975: 107.000.000 (amtliche Schätzung); siehe auch Tabelle unten auf S. 126. Wegen der Umrechnung des Cruzeiro wird auf die erste Tabelle auf S. 127 Bezug genommen.

2) Für 1970 zusammengestellt aufgrund der Angaben des Diário Oficial, April 1970, 3.161; für 1975 aufgrund der Daten des I.B.G.E., Setor de Informações, Rio de Janeiro; für 1976 aufgrund der Angaben des Diário Oficial, April 1976, 5.324 f.

dienstspanne liegen[1].

Die staatlich festgesetzten Minimalgehälter, die regional unterschiedlich sind, werden von den Erwerbstätigen (Personen ab dem 10. Lebensjahr) oft nicht einmal erreicht, wie die folgende Tabelle zeigt[2].

Bundeseinheiten	Total	mehr als 0,5-1 Minimalgehalt	%
Guanabara, Rio de Janeiro	2.240.920	547.171	24,4
São Paulo	5.249.972	1.539.221	29,3
Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul	2.632.951	1.056.948	40,1
Minas Gerais, Espírito Santo	2.079.665	1.169.392	56,2
Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Bahia	3.733.258	2.635.215	71,0
Distrito Federal	186.426	24.314	13,0
Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Pará, Amapá, Mato Grosso, Goiás	766.353	337.231	44,0

Somit liegen weit größere Teile der Bevölkerung unter dem, was staatlicherseits als minimale Einkommensgrundlage definiert wurde. Sie fristen ein Dasein am Rande der Existenz.

Am Beispiel von Rio de Janeiro ist ermittelt worden, welche Kaufkraft ein Minimalgehalt im Laufe der Jahre behalten hat und wie hoch es sein müßte, um angesichts der Lebenshal-

---

1) Vgl. I.B.G.E., Anuário Estatístico 1971 und Diário Oficial, April 1976, 5.324 f.; siehe auch die Tabelle mit den Minimalgehältern auf dieser Seite.

2) Errechnet aufgrund der Angaben des I.B.G.E., Pesquisa nacional por amostra de domicílios. População-mão-de-obra-salário-instrução-domicílios, 4. Trimester 1973, 84 ff. Wegen der Unerreichbarkeit mancher ruraler Regionen wurden nur die städtischen Gebiete der letztgenannten Bundeseinheiten berücksichtigt.

tungskosten die Kaufkraft von 100 % zu gewährleisten[1].

Jahr	Minimalgehalt	Lebenshaltungs-kosten-Index	Reale Kauf-kraft	Ideales Minimalge-halt zur Sicherung der Kaufkraft	Monatlicher Gehaltsver-lust	US-Dollar Kurs (Cr$)
1969	156,00	6.467	41	381,55	225,55	4,07
1970	187,20	7.537	42	444,68	257,48	4,58
1971	225,60	9.559	40	563,98	338,38	5,28
1972	268,80	11.368	40	670,71	401,91	5,93
1973	312,00	14.673	36	865,71	553,71	6,12
1974	376,80	19.815	32	1.168,09	791,29	6,79
1975	532,80	23.106	28	1.391,00	858,20	8,12
1976	768,00	26.435	26	1.669,00	901,00	11,83

b) Alphabetisation in Brasilien

Wie der folgenden Tabelle entnommen werden kann[2], stimmen die Bundeseinheiten, in denen die Minimalgehälter am niedrigsten sind, mit jenen überein, deren Alphabetisationsstufe am tiefsten ist. Dabei ist ein deutliches Süd-Nord-Gefälle festzustellen.

Alphabetisation ab 5. Lebensjahr

Regionen u. Einheiten	Total: 79.327.231	Alphabeten: 47.864.531	Analph.: 30.718.597
Norden: Rondônia, Acre, Amazonas, Roraima, Pará, Amapá	2.965.234	1.610.711	(44,5%) 1.319.554
Nordosten: Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Fernando de Noronha, Sergipe, Bahia	23.398.389	9.174.652	(59,9%) 4.010.542
Zentral-Westen: Mato Grosse, Goiás, Distrito Federal	4.237.423	2.413.731	(42,0%) 1.780.899
Südosten: Minas Gerais, Espírito Santo, Rio de Janeiro, Guanabara, São Paulo	34.686.708	24.821.004	(27,6%) 9.556.607
Süden: Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul	14.039.477	9.844.433	(28,9%) 4.050.995

1) Gerhardt, Jornal do Domingo (Jornal do Brasil) v. 19.12.1976, 9.

2) Zusammengestellt aufgrund der Angaben des I.B.G.E., Censo Demográfico Brasil, Recenseamento Geral 1970, Série Nacional, 170 f. Die Totalziffer enthält auch die Gruppe "ohne Angaben". Der hier noch berücksichtigte Staat Guanabara wurde am 15.3.1975 vom Staate Rio de Janeiro inkorporiert.

c) Kosten und Formalitäten der Eheschließung

Die soeben dargestellten Statistiken zur Einkommenslage der brasilianischen Bevölkerung[1] veranschaulichen den Grad ökonomischer Bedürftigkeit, die als eine Erklärung für die Verbreitung des Konkubinates gilt[2]. Als eine weitere Erklärung wird angeführt, daß die standesamtliche Bürokratisierung, die das Beibringen einer Vielzahl von Urkunden nötig mache, Heiratswillige abzuschrecken geeignet sei[3]. Die umfangreichen Heiratsformalitäten müssen also die Lese- und Schreibunkundigen noch mehr belasten. Die dargestellte hohe Analphabetenquote in Brasilien[4] kann daher illustrieren, daß ein Teil der Bevölkerung durch bürokratische Formalitäten überfordert ist und als Folge davon den (ehe-)gesetzlichen Anforderungen nicht genügt[5].

Die der Eheschließung vorangehenden Förmlichkeiten sind in den Art. 180 ff. c.c. aufgeführt. Gem. Art. 180 I-V c.c. sind folgende Urkunden erforderlich: ein Alterszeugnis oder ein gleichwertiger Nachweis; eine Erklärung über den Stand, den Wohnsitz und den derzeitigen Aufenthalt der Eheschliessenden und ihrer Eltern, soweit sie bekannt sind; die Einwilligung derjenigen Personen, unter deren gesetzlicher Abhängigkeit sie sich befinden oder eine die Einwilligung ersetzende richterliche Entscheidung (Art. 183 XI; 188 und

---

1) Siehe oben S. 125 ff.

2) Siehe oben S. 124; zu den Ursachen der Nichtehe vgl. auch oben S. 56 ff., 59 ff.

3) de Bulhões Carvalho, Rev. Trib. 216, 24; Dias, 77; Thomas, 74; vgl. auch die allgemeinen Ausführungen zu den Auswirkungen strenger eherechtlicher Solennisierungsgebote auf die Bevorzugung eheähnlicher Lebensbündnisse gegenüber Zivilehen bei Müller-Freienfels, 260: "Die Nachteile einer Bürokratisierung sind gerade auf dem Gebiet der Ehe besonders auffällig. Erfahrungsgemäß lassen sich manche Menschen allein schon durch verhältnismäßig geringe Erschwerungen der Heiratsformalitäten daran hindern, den "letzten" Schritt zur Eheschließung zu tun."

4) Siehe oben S. 127.

5) Thomas, 74 m.w.N.

196 c.c.); eine Erklärung von zwei großjährigen Zeugen, Verwandten oder Fremden, die bekunden, sie zu kennen und die versichern, daß kein Hindernis vorhanden sei, das der Eheschließung entgegenstehe; eine Bescheinigung über den Tod eines verstorbenen Ehegatten oder die Nichtigerklärung einer früheren Ehe[1]. Alle diese Urkunden sind im Landesinneren allein schon wegen der weiten Reisen zu den Registerbehörden in den Verwaltungszentren nur unter erhöhten finanziellen Opfern beizubringen. Wenn beispielsweise ein Alterszeugnis, gewöhnlich die Geburtsurkunde, nicht vorgelegt werden kann, so ist die Beibringung von Zeugen nicht selten erforderlich. Die Anreise dieser Personen oder deren schriftliche Aussagen sind gleichfalls kostenträchtig. Schreibunkundige müssen dann die Dienste eines "Schreibers", eines Advokaten oder eines "despachante"[2] gegen Entgelt in Anspruch nehmen. Solcherlei Hindernisse entmutigen und können eine außerordentliche finanzielle Belastung darstellen.

Beispielsfall Rio de Janeiro

Die bei einer Heirat anfallenden Kosten können von jenen, die vom Minimalgehalt leben müssen, nicht aufgebracht werden[3]. Zwar ist laut Art. 175 § 2 S.1 der brasilianischen Bundesverfassung von 1969 die Eheschließung kostenlos, doch ist damit nur die Vornahme des standesamtlichen Trauungs-

---

1) Zu den weiteren Förmlichkeiten des Aufgebotsverfahrens: Bergmann, 16.

2) Der "despachante" ist eine typisch brasilianische Erscheinung, dessen professionelle Hilfe für viele, die mit Behörden zu tun haben, unverzichtbar ist. Rosenn, Am. J. Comp. L. 19 (1971) 536 f., beschreibt diese "Brazilian institution" treffend so: "The ubiquitous despachante lubricates Brazil's sticky administrative process and has become a thriving, specialized professional, replete with his own union and competitive examinations...The despachante is an intermediary who, in return for a commission or fee, purchases and fills out the multiplicity of legal forms, delivers them to the proper persons, and extracts the needed permission or document... The simplest transactions, such as obtaining a marriage license or identity card, may take ages or days or hours, depending on whether one has used a despachante and how much he has been paid."

3) de Bulhões Carvalho, Rev. Trib. 216, 24; Rodrigues, 242.

zeremoniells gemeint. Um aber dazu zugelassen zu werden, muß das heiratswillige Paar nach Art. 180 c.c. die Feststellung der Ehefähigkeit (habilitação para casamento) erwirken. Die Gebühren, die auf Einzelstaatsebene festgesetzt werden, betrugen beispielsweise im Jahre 1976 in Rio de Janeiro Cr$ 92,40. Eine zusätzliche verwaltungsinterne Gebühr (distribuição) lag bei Cr$ 7,70. Die Veröffentlichung im Diário Oficial, dem amtlichen Mitteilungsblatt, erforderte noch weitere Auslagen, im Durchschnitt pro Anzeige Cr$ 80,--[1]. Die Eintragungsgebühr belief sich auf zusätzliche Cr$ 23,10. Insgesamt fielen vor der eigentlichen Eheschließung im Jahre 1976 allein für die Vorbereitung der zivilen Trauung mehr als Cr$ 200,-- an. Anhand eines Vergleiches mit den Einkommensdaten für Rio de Janeiro wird deutlich, daß dieser Betrag fast 25 % des Minimalgehaltes bedeutet[2]. Die Befreiung von den Gebühren ist nur nach Vorlage eines Armutszeugnisses möglich, so daß viele Nupturienten in der Praxis weitere Laufereien und Formalitäten zu bewältigen haben, vorausgesetzt, daß sie dazu ohne fremde und damit kostenträchtige Unterstützung Dritter, also eines Advokaten oder "despachante", in der Lage sind.

Auch in den städtischen Zentren läßt sich eine starke Verbreitung nichtehelicher Gemeinschaften feststellen. Hier überwiegen die ohne besondere Zeremonie begründeten, reinen Konsensualverbindungen im Verhältnis zu den religiösen Eheschließungen, während diese in den ländlichen Regionen fast viermal stärker repräsentiert sind[3].

Die für die Verbreitung der Konkubinate in den ländlichen Gebieten gegebene Erklärung, welche die Schwierigkeiten im

---

1) Diese Beträge wurden zum Jahreswechsel 1976/77 neu festgesetzt: Die letzte Erhöhung betrug 38 %, der weitere von 11,8 % und 25 % vorausgegangen waren. Auskunft der 1.Circunscrição do Registro Civil (1.Registerbezirk) von Rio de Janeiro.

2) Vgl. Tabellen oben auf S. 125.

3) Vgl. Tabelle oben auf S. 121.

Zusammenhang mit der Erreichbarkeit der Behörden betont und darin eine Ursache für die Bevorzugung der formlosen eheähnlichen Gemeinschaft gegenüber der mit vielen Förmlichkeiten verbundenen zivilen Eheschließung sieht, kann für städtische Verhältnisse nur im letzten Punkt gleichfalls gelten, da in der Stadt der Weg zu den Behörden entfernungsmäßig unerheblich ist. Hier spielen also vielmehr die bürokratischen Hindernisse zusammen mit sozialen und wirtschaftlichen Problemen eine Rolle[1].

Bei der am Rande der Gesellschaft existierenden Unterschicht ist eine "weitgehende Rechtsferne"[2] anzutreffen, so daß der zivilen Heirat die religiöse oder die nur formlose Konsensualverbindung vorgezogen werden. Von anderen Autoren wird diese "Rechtsferne" mit fehlendem staatsbürgerlichem Rechtsbewußtsein bezeichnet[3]. Beide Umschreibungen beruhen auf derselben für lateinamerikanische Staaten mit hohen Konkubinatsquoten geltenden Erkenntnis der Sozialforschung, daß die normative Kraft des Eherechts in der Unterschicht gering ist[4] oder - wie Thomas[5] es ausgedrückt hat - es nicht zu-

---

1) Dias, 208.

2) Gessner-Samtleben, 705.

3) Mortara, Estudos Demográficos Nr. 158, 6; Estudos Demográficos Nr. 260, 6; Gomes, Dir. fam., 36; de Moura Bittencourt I, 28; ähnlich Dias, 76 f.

4) Rodman, 224; Sills, 2: "More recent analyses by Blake (1961) and by Goode (1960), however, have concluded that there is general recognition among Caribbean societies that consensual unions are less legitimate and hence less desirable than legal marriage. Goode argues that whereas legal marriage is recognized throughout Caribbean societies as the legitimate form, there is variation among the social strata of these societies in the degree of non commitment, with the consequence that persons in the lower strata tend to be generally less committed to familial norms than persons in the upper strata. The more frequent occurence of consensual unions among the lower social strata than among the upper is seen as a reflection of the class-linked variation in the degree of commitment to familial norms."; Winch-Godman, 202 ff.

5) Thomas, 74. Das Bestehen einer "Subkultur" speziell in der Unterschicht von Rio de Janeiro wird durch die jüngste soziologische Untersuchung von Janice E. Perlman, The Myth of Marginality: Urban Poverty and Politics in Rio de Janeiro, vgl. Jornal do Brasil v. 10.10.1976, 6 f., insoweit bestätigt, als eine homogene Soziostruk-

letzt wohl "die Stärke der eigenen Subkultur" ist, "die die Betroffenen gleichgültig macht gegenüber den Anforderungen eines Gesetzes, das als Ausdruck einer andersartigen Lebensform verstanden wird". Die unter brasilianischen Juristen fast schon rechtssprichwörtliche Feststellung, daß die Armen nicht heiraten, sondern sich zusammenschließen (homem pobre não casa, se ajunta), hat ihre Berechtigung sowohl im Hinblick auf die ländlichen als auch auf die städtischen Verhältnisse.

2) Religion

Die relative Wirkungslosigkeit des Eherechts, die sich anhand der statistisch nachgewiesenen Häufigkeit der Konkubinate erkennen läßt, beruht, wie schon angedeutet, nicht allein auf dem Faktor Armut[1]. Die gegenüber den reinen Konsensualverbindungen wesentlich höhere Zahl von religiösen Eheschließungen deutet darauf hin, daß die Bedeutung der kirchlichen Trauung einen großen Stellenwert im Bewußtsein der brasilianischen Bevölkerung einnimmt[2]. Besonders im Landesinneren, wo, wie gezeigt, die Armut am größten ist und der Alphabetisationsgrad am niedrigsten[3], hat die katholische Kirche immer noch die geschichtlich tradierte Funktion eines sozialen Regulativ- und Kontrollorgans inne[4]. Die besonders im Landesinneren Brasiliens weitverbreitete Unkenntnis der eherechtlichen Unwirksamkeit des isolierten

---

tur festgestellt wurde, nicht aber eine bewußt entwickelte Gegenkultur. Die soziale Marginalität (marginalidade) sei allein Folge des Ausschlusses und der Stigmatisierung seitens der restlichen Gesellschaft, mithin nicht Folge einer tiefverwurzelten kulturellen oder ethnischen Andersartigkeit. Zum Problem von Marginalität und sozialer Integration wird auf die sozialpsychologische Untersuchung von Schühly, SJ, Marginality and Integration, verwiesen.

1) Siehe oben S. 124.

2) Gessner-Samtleben, 705 m.w.N.

3) Siehe oben S. 127.

4) de Azevedo, 28; Trigueiros, Rev. Trib. 389, 20 f.; vgl. ferner oben S. 7 ff. zur Rolle der Kirche in der brasilianischen Geschichte (speziell in der Scheidungsfrage).

religiösen Trauungsaktes ist ein Grund dafür, daß er für die Begründung einer Ehe als ausreichend erachtet wird[1]. Nach Ansicht einiger brasilianischer Autoren ist die Kirche für den geschilderten Zustand mitverantwortlich: "Das Unverständnis der Kirche gegenüber der Notwendigkeit, daß die zivile der religiösen Trauung vorauszugehen habe...die vollständige Ablehnung oder zumindest die bei Teilen der Kirche anzutreffende Unkenntnis der Zivilheirat, führt in unserem Lande dazu, daß insbesondere im Landesinneren ausschließlich die religiöse Heirat verbreitet ist."[2] Damit wird der Kirche eine "eherechtserzieherische Garantenstellung" gegenüber den Nupturienten zugewiesen, die aber dem Staate obliegt.

3) Das Scheidungsverbot

Nach Auffassung zahlreicher Autoren ist das Scheidungsverbot ursächlich für die Begründung vieler Konkubinate, weil die aus dem Verbot resultierende Unmöglichkeit der Wiederheirat zwangsläufig zu nichtehelichen Zusammenschlüssen führe[3]. Wie groß die Zahl der Konkubinate ist, die als "Eheersatz" begründet wurden, ist, soweit ersichtlich, statistisch noch nicht ermittelt worden. Der Zensus von 1970 enthält zwar Angaben über die Anzahl der getrennt Lebenden, der "Desquitados" und der Geschiedenen, läßt aber nicht erkennen, ob diese Personen nach Loslösung von ihren Ehegatten weitere Zweierbeziehungen eingehen. Auch die Daten über die nach religiöser Trauung oder aufgrund formlosen Konsenses aufgenommenen eheähnlichen Gemeinschaften enthalten keine Hinweise

---

1) Dias, 76; Trigueiros, Rev. Trib. 389, 21; de Bulhões Carvalho, Rev. Trib. 216, 24; de Moura Bittencourt I, 28 m.w.N.

2) de Bulhões Carvalho, Rev. Trib. 216, 24; Trigueiros, Rev. Trib. 389, 21, bedient sich des bei Bertrand Russell entliehenen Begriffs der "memória social" und läßt die katholische Überlieferung und den kulturellen Hintergrund Brasiliens als sozialpsychologischen Faktor verantwortlich sein für die fortgeltende Befolgung kirchlicher Eherechtsnormen. Camacho, 90, stellt bei der Bevölkerungsmehrheit ein Bekenntnis zum Katholizismus fest, nicht aber bei den Intellektuellen der Mittel- und Oberschicht; vgl. auch oben S. 7 ff. (9).

3) Dias, 46 m.w.N.; Carneiro, A instituição do divórcio, 56; Rheinstein, 407.

auf die Zahl der dabei durch anderweitige Ehen gebundenen Konkumbenten[1]. Dennoch ist zu vermuten, daß ein erheblicher Anteil der eheähnlichen Gemeinschaften darauf zurückzuführen ist, daß die Konkumbenten einander wegen des Ehehindernisses aus Art. 183 VI c.c. nicht heiraten können[2].

4) Weitere Gründe

Über die weiteren Ursachen des Konkubinates lassen sich in Ermangelung empirischer Untersuchungen nur Vermutungen anstellen. Die zur Darstellung der Konkubinatshäufigkeit in Brasilien verwendeten statistischen Daten lassen nicht er-

---

1) Vgl. Tabelle oben auf S. 121.

2) de Moura Bittencourt 1975, 24 f. In diesem Zusammenhang seien auch die als Folge des Scheidungsverbotes im Ausland vorgenommenen Eheschließungen von "Desquitados" erwähnt. Diejenigen, die über ausreichende Mittel verfügen, suchen die Wiederheirat in den Ländern, in denen der brasilianische desquite in eine Scheidung konvertiert werden kann. Besonders beliebt waren hierbei stets Uruguay und Mexiko. Die dort geschiedenen Ehen eröffnen die Möglichkeit zur Wiederheirat am Ort. In Brasilien werden diese Scheidungen und die neuen Ehen nicht anerkannt. Man sieht darin eine Gesetzesumgehung bzw. Gesetzesbetrug (fraude à lei); vgl. Garland, 35 f.; Dias, 54 ff.; Rodrigues, 3. Aufl. 1973, 194 f. Richtigerweise sollte nicht von Gesetzesumgehung gesprochen werden, sondern allenfalls von untauglichen Versuchen, die sich auf Unkenntnis der Gesetzesmaterie zurückführen ließen, wenn es sich nicht um die Schicht der sozial Bessergestellten handelte, die sich bei einem solchen Verfahren von routinierten und durchaus informierten Anwälten beraten läßt. Art. 7 § 6 S.1 des Einführungsgesetzes zum código civil Nr. 4.657 vom 4.9.1942 in der Fassung des Gesetzes Nr. 3.238 vom 1.8. 1957 besagt, daß eine Ehescheidung von Brasilianern nicht anerkannt wird, vgl. Übersetzung bei Bergmann, 11 ff.; Samtleben, StAZ 1969, 108. Demnach handelt es sich bei Scheidungen im Ausland um unwirksame Akte. Die nachfolgenden Ehen sind daher nach brasilianischem Recht unwirksam und nichtexistent, vgl. de Barros Monteiro, 39; Gessner-Samtleben, 705; Samtleben, RabelsZ 30 (1966) 480; StAZ 1969, 108 f. Es handelt sich um Konkubinate, vgl. Carneiro, 14; Dias, 55; de Moura Bittencourt 1975, 73; vgl. auch oben auf S. 52 f. Bei solcherlei juristischen Scheinmanövern verzichtet man in der Regel auch nicht auf Hochzeitsfeierlichkeiten und Publizität. Diese "Ehen" werden gesellschaftlich anerkannt, vgl. Medeiros da Fonseca, 189; Rheinstein, 407; Rosenn, Am.J.Comp.L. 19 (1971) 525; Dias, 54; Gessner-Samtleben, 712. Bei der hier in Frage kommenden Personengruppe der Mittel- und Oberschicht läßt sich offenbar auch eine "gewisse Rechtsferne" zu den Normen des Eherechts konstatieren, die jedoch nicht auf Armut und Unwissenheit zurückgeführt werden kann, vgl. dazu die Ausführungen oben auf S. 131 f.

kennen, warum beispielsweise die Konsensualverbindungen in den städtischen Zentren so stark verbreitet sind. Es ist anzunehmen, daß hier außer dem wohl wichtigsten Faktor Armut[1] auch weitere Gründe für die Ablehnung der Ehe in Betracht kommen. Dazu werden genannt: die wachsende soziale Emanzipation der Frau, ihre rechtliche Gleichstellung mit dem Mann[2], die Ablehnung von ehelicher Verantwortung, die darin gipfele, daß man die formlose und stets gegebene Möglichkeit der Beendigung der Zweierbeziehung "für alle Fälle" bewahrt wissen wolle, die bewußte politisch oder sittlich begründete Distanz zu den Normen und Erwartungen, welche die Gesellschaft und die Rechtsprechung mit der ehelichen Institution verbinden, die Zurückhaltung gegenüber einer Heirat zwischen sozial nicht gleichgestellten Personen, unterschiedliche Konfessionen der Partner[3].

5) Parallelen zu Frankreich

In den städtischen Gebieten Frankreichs überwiegen die Konkubinate im Vergleich zu jenen auf dem Lande zahlenmäßig bei weitem. Das Verhältnis von 3:1 zugunsten der städtischen Konkubinate, das Théry[4] in den einzelnen Départements festgestellt hat, begründet die Vermutung, "qu'il existe une relation entre la vie urbaine et l'union libre", wobei allerdings nicht übersehen werden darf, daß die Häufigkeit des Konkubinates nicht in allen Städten gleich ist. Je größer die Stadt, um so stärker sei das Leben dort von Promiskuität, Mobilität und Anonymität gekennzeichnet. Die Promiskuität fördere die Eingehung eheähnlicher Beziehungen, die Mobilität rufe ein Klima der Instabilität hervor, der die "précarité de l'union libre" entspreche, und die Anonymität erlaube es den Konkumbenten, als Eheleute aufzutreten und auf diese

1) Siehe dazu oben S. 124 ff.

2) Zur Stellung der Frau in Brasilien vgl. Bueno, 9 ff.; Moser, RabelsZ 29 (1965) 357 ff.

3) de Moura Bittencourt I, 29 ff.

4) Le concubinage en France, Rev. trim. civ. 1960, 42 ff.

Weise einer möglichen gesellschaftlichen Diskriminierung zu entgehen. In den ländlichen Gebieten und in den kleineren Städten unterliegt jedermann einer viel aufmerksameren Kontrolle durch Nachbarn und Mitbewohner, so daß die Konkubinate sich schwerer verbergen oder als reguläre Ehen präsentieren lassen[1].

Sowohl in den städtischen als auch in den ländlichen Zonen ist das Konkubinat am häufigsten in der Unterschicht anzutreffen[2]. Wie Théry überzeugend darlegt, sind diejenigen, die am wenigsten in der Gesellschaft integriert sind, auch am geringsten daran interessiert, die rechtlichen Normen und sozialen Verhaltensregeln dieser Gesellschaft zu respektieren. Hinzukommt, daß die ökonomische Bedürftigkeit und das Fehlen nennenswerten Vermögens ein Bedürfnis nach rechtlicher Absicherung des materiell Erreichten anhand eines bestimmten ehelichen Güterstandes nicht hervorrufen. Schließlich führen die geringe wirtschaftliche Absicherung und die Unsicherheit des Arbeitsplatzes zu einer Verengung der Perspektive in der Weise, daß die langfristige Zukunftsplanung entfällt. Die Familie wird demnach nicht mehr geplant, sondern "on se laisse aller, on subit son destin, on limite son regard à l'instant qui passe..."[3].

Ein Vergleich mit Brasilien zeigt, daß dort das Verhältnis von städtischen und ländlichen Konkubinaten insgesamt anders ist. Es sind die ländlichen Konkubinate doppelt so häufig anzutreffen[4]. Dabei ist aber zu bemerken, daß die Überzahl der nichtehelichen Verbindungen hauptsächlich auf die Verbreitung der rein religiösen Heirat in den ländlichen Regionen zurückzuführen ist, während die einfachen Konsensualverbindungen in den städtischen Gebieten überwiegen. Daraus folgt, daß der auf den ersten Blick auszumachende Unter-

---

1) Théry, 44 f.; Planiol-Ripert-Boulanger, 452.

2) Siehe dazu oben S. 123 f.; Théry, 45 ff.; Esmein, Rev. trim. civ. 1935, 749; Savatier, 159; Chombart de Lauwe, 242; García Cantero, 54.

3) Théry, 49; Chombart de Lauwe, 242; Tunc, Rev. trim. civ. 1964, 109.

4) Siehe dazu oben S. 121 f.

schied zwischen den brasilianischen und französischen Verhältnissen hinsichtlich der Beziehung zwischen ländlichen und städtischen Konkubinaten anders beurteilt werden muß. Die Rolle der kirchlichen Trauung spielt in Frankreich nicht dieselbe Rolle im Bewußtsein der Bevölkerung. Das hat vornehmlich historische Gründe. Wie andernorts schon geschildert[1], wurde die Ehe bereits während der Französischen Revolution entsakralisiert. Der Satz "la loi ne considère le mariage que comme contrat civil" ist insofern Allgemeingut geworden, als man sagen kann, daß "aujourd'hui, après longue pratique, les Français en sont profondément pénétrés. Pour eux il n'y a pas mariage s'il n'y a pas eu union par le maire, normalement à la maison commune"[2].

Die Religion hat demnach in Frankreich nicht die für Brasilien aufgezeigte Rolle eines für die Verbreitung des Konkubinates ursächlichen Faktors. Konkubinate, die durch religiöse Trauung begründet werden, weil sich die Nupturienten über die Wirksamkeitserfordernisse einer gültigen Ehe täuschen, sind in Frankreich nicht festzustellen. Hier entfaltet die Religion angesichts der allgemeinen Kenntnis der obligatorischen Zivilehe eine gegenteilige Wirkung insoweit, als in den Regionen mit der stärksten katholischen Prägung die Verbreitung der nichtehelichen Gemeinschaften in der Regel am geringsten ist[3]. Nach alledem sind allein die Daten über die brasilianischen reinen Konsensualverbindungen mit denjenigen zur französischen union libre vergleichbar, wobei sich zeigt, daß in beiden Ländern diese Konsensualverbindungen in den Städten am stärksten konzentriert sind.

---

1) Siehe oben S. 12 f.

2) Esmein, Rev. trim. civ. 1935, 761; García Cantero, 56; Planiol-Ripert-Boulanger, 518: "L'intervention d'une autre personne que l'officier de l'état civil ne sera impuissante à créer une apparence de mariage que si la célébration a lieu en France entre Français. Dans les autres cas, il est possible que de bonne foi les époux aient considéré comme équivalent à la célébration civile du mariage telle ou telle forme de célébration, une célébration religieuse par exemple."

3) Théry, 49 ff. García Cantero, 56.

Als weitere Ursachen für die Bevorzugung des Konkubinates gegenüber der Ehe gelten, ähnlich wie für Brasilien[1], Erklärungen, welche die sittlichen und ideologischen Vorbehalte der Konkumbenten gegenüber der bestehenden Rechtsordnung und deren eherechtlichen Postulaten hervorheben[2] oder die auf die Befreiung der Frau aus ihrer untergeordneten Rolle verweisen und daraus ableiten, daß viele Konkubinate Ausdruck einer neuzeitlichen Liberalität in den Beziehungen der Geschlechter seien[3]. Manche Autoren[4] meinen sogar, die Scheidung (!) fördere den Fortbestand des Konkubinates, weil die Geschiedenen von ihren Ehegatten endgültig getrennt würden und deshalb im Konkubinat verblieben. An anderer Stelle liest man, daß das Scheidungsverbot bis zu seiner Aufhebung im Jahre 1884[5] eine Ursache des Konkubinates in Frankreich gewesen sei[6]. Empirische Belege für derartige Vermutungen fehlen jedoch.

IV. Rechtsfolgen des Konkubinates

1) Ansprüche der Konkumbenten gegeneinander

Wie bereits kurz dargestellt[7], hat das Konkubinat in verschiedenen Gesetzen Berücksichtigung in der Weise erfahren, daß der Konkubine oder Gefährtin oder der Person, die in wirtschaftlicher Abhängigkeit vom Versicherungsnehmer gelebt hat, bestimmte Ansprüche zustehen.

---

1) Siehe dazu oben S. 134 f.

2) Schöps, 45: "Die Partner lehnen vielmehr gerade die in der Eheschließung liegende Übernahme der Verantwortung füreinander und für die zukünftige Familie ab." Ferner Dahan, 96.

3) Esmein, Rev. trim. civ. 1935, 750 f.; Stückradt, 9 f. m.w.N.; García Cantero, 59 f.

4) Rodière, 75 f., der sich auf H. Mazeaud, Cahiers du droit, Nr. 31, 93, stützt.

5) Zur Geschichte des Scheidungsverbotes siehe oben S. 12 f.

6) David, 39.

7) Siehe oben S. 97 f.

In gesetzlichen Anspruchsgrundlagen erschöpft sich die positive Aufnahme des Konkubinates allerdings nicht. Rechtsprechung und Lehre haben seit den dreißiger Jahren dieses Jahrhunderts in Brasilien eine Metamorphose ihres Rechtsfindungs- und -anwendungsprozesses erlebt, als es um die Frage ging, ob der Konkubine irgendwelche Ansprüche für ihren Beitrag zur Führung des gemeinsamen Haushaltes oder für ihre Mitarbeit im Unternehmen oder Gewerbe des Mannes zustehen. Fast immer handelte es sich dabei um Forderungen, die nach Beendigung des Konkubinates erhoben wurden und einen Ausgleich für die erbrachten Leistungen der Frau zum Ziel hatten.

Man kann im wesentlichen zwei Anspruchskategorien feststellen, unter denen die Interessen der Konkubine eingeordnet werden[1]. Die Erste erfaßt die Forderungen auf Entgelt für erbrachte Dienstleistungen, die Zweite enthält jene, die auf Teilung der Güter, die im Laufe des Konkubinates erworben wurden, gerichtet sind[2].

a) Ansprüche aufgrund erbrachter Dienstleistungen

In früheren Entscheidungen wurde für die Konkubine das Recht auf Entgelt für die dem Mann allgemein geleisteten Dienste verneint[3]. Hauptargumente waren dabei der Hinweis auf die Un-

---

1) Konkubine im Sinne der Quellen kann auch der Konkumbent sein. Fast ausnahmslos sind es aber die Frauen, die einen wirtschaftlichen Nachteil prozessual auszugleichen versuchen. Ausnahmefälle sind insoweit: STF Urt. v. 6.11.1973, Rev. Trim. Jurpr. 68, 274 f. (der Konkumbent verlangte erfolglos die Hälfte der Vermögensgüter, die seine Konkubine mit Mitteln erworben hatte, die er ihr zuvor geschenkt hatte. Die Schenkung war wirksam (!));TJGB Urt. v. 20.10. 1971, Rev. Forense 247, 205 ff. (Konkumbent klagte mit Erfolg).

2) Zu den weiteren Lösungsvorschlägen, insbesondere zur Bruchteilsgemeinschaft, vgl. de Moura Bittencourt 1975, 145 ff.; García Cantero, 126 ff.; Stückradt, 50 ff. m.w.N.

3) TJSP Urt. v. 23.9.1921, Rev. Trib. 40, 40; Urt. v. 9.2.1923, Rev. Trib. 45, 327 ff.; Urt. v. 9.2.1924, Rev. Trib. 52, 275 f. (dort auch Urt. v. 31.10.1924); Urt. v. 16.5.1932, Rev. Trib. 86, 322 f.; Urt. v. 23.8.1929, Rev. Trib. 71, 262 ff.: Die Konkubine klagte erfolglos gegen die Erben des Mannes, mit dem sie 30 Jahre lang nach religiöser Trauung gelebt hatte. Das Gericht ließ erkennen, daß

sittlichkeit der Verbindung, die Auffassung, es handele sich um Forderungen als Gegenleistung für die geschlechtliche Hingabe (pretium carnis), die deswegen ebenfalls unsittlich seien, und die Ansicht, die von der Frau allgemein erbrachten Leistungen seien durch die Unterhaltsleistungen des Mannes für sie während der Dauer des Konkubinates bereits abgegolten[1].

Gegen Mitte der dreißiger Jahre zeichnete sich aber ein Umschwung in der Praxis ab. Man begann, die Ansprüche der Frau auf Dienstlohn (salário) anzuerkennen. Man konnte das tun, nachdem man die Frage nach der Sittenwidrigkeit des Konkubinates in den Hintergrund gerückt hatte zugunsten eines neuen, mehr technischen Aspektes, der die Bereicherung des Mannes auf Kosten der Frau hervorhob und auszugleichen suchte[2]. Dennoch wurde der Streit in der Rechtsprechung noch lange fortgeführt[3]. Grund der Unstimmigkeit war das Versäumnis, die Wertung des sittlichen Gehaltes des Konkubinates von der eigenständigen Frage der Bereicherung zu trennen.

Inzwischen zögern die Gerichte nicht mehr, den Anspruch der Frau anzuerkennen, wenn es sich nicht um die Gegenleistung für die unterhaltenen Geschlechtsbeziehungen handelt, sofern die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind[4]. Diese lassen

---

eine Klage auf Beteiligung am "Konkubinatsgut" Erfolg gehabt hätte.

1) TJSP Urt. v. 9.2.1924 u. Urt. v. 31.10.1924, Rev. Trib. 52, 275 f. Das Gericht prüft und bejaht den Untergang des Anspruches aufgrund erbrachter Gegenleistungen. Dennoch widmet es sich danach noch der Prüfung der (bejahten) Sittenwidrigkeit des Konkubinates.

2) TADF Urt. v. 2.1.1940, Rev. Trib. 131, 713 f.; TAMG Urt. v. 2.6.1938, Rev. Forense 76, 338 f.; CADF Urt. v. 15.5.1930, Rev. Dir. 98, 402 f.: Konkubine war Hausangestellte. Das Gericht wollte unter anderem verhindern, daß vertraglich geschuldeter Lohn vom Mann nicht ausbezahlt würde.

3) Vgl. TAMG Urt. v. 10.5.1943, Rev. Trib. 151, 734; Urt. v. 23.3.1942, Rev. Trib. 143, 268 ff.; Urt. v. 9.3.1944, Rev. Trib. 152, 263 f.; TJMG Urt. v. 11.8.1947, Rev. Forense 115, 531.

4) STF Urt. v. 11.5.1973, Rev. Trim. Jurpr. 66, 765 ff.; TJDF Urt. v. 25.6.1954, Rev. Forense 166, 217 f.

sich anhand der zahlreichen voneinander abweichenden Entscheidungen nicht systematisch erfassen. Der Fächer von Merkmalen reicht von dem Erfordernis, daß die Frau häusliche Dienste geleistet haben muß[1], über jenes, daß es sich nicht um häusliche Arbeit handeln dürfe, da diese natürliche Folge des Konkubinates sei[2], und daß es zudem Dienste "von Dauer und wirtschaftlicher Bedeutung" für den Mann sein müßten[3], bis hin zur Anrechnung des vom Mann bereits geleisteten Unterhaltes für sie und die Kinder[4].

Die uneinheitliche Rechtsfindung ist durch die vom Supremo Tribunal Federal eingenommene Position keineswegs beseitigt worden. In sehr groben Zügen hat das Gericht entschieden, daß die Konkubine eines unverheirateten Mannes, dem sie häusliche Dienste erbracht hat, Anspruch auf "Entschädigung" habe[5]. Der hierbei gewählte Begriff der "Entschädigung" (indenização) kann im konkreten Zusammenhang als nicht ganz geglückte Formulierung verstanden werden, die den Ausgleichsgedanken ausdrücken soll, was in den restlichen Urteilen durchweg dank dem Gebrauch des terminus "remuneração" deutlicher wird.

Auf der anderen Seite der Skala finden sich Entscheidungen, die ungeachtet des höchstrichterlichen Standpunktes der Konkubine keinen Anspruch auf Entgelt zuerkennen[6].

---

1) TALçSP Urt. v. 10.4.1957, Rev. Trib. 267, 600 ff.; Urt. v. 22.12. 1970, Rev. Trib. 428, 249 f.

2) TJMG Urt. v. 11.8.1947, Rev. Forense 115, 531; TJSP Urt. v. 8.2.1963, Franceschini-de Salles Oliveira II, 827; TJMG Urt. v. 3.11.1949, Rev. Trib. 188, 407 ff.

3) TJSP Urt. v. 22.6.1971, Rev. Trib. 432, 104 f.; Urt. v. 29.5.1952, Rev. Trib. 202, 230 ff.; TJGB Urt. v. 31.5.1973, Rev. Forense 250, 254 ff.

4) TJDF Urt. v. 25.6.1954, Rev. Forense 166, 217 f.

5) STF Urt. v. 13.12.1962, Rev. Trib. 342, 542; klarer: STF Urt. v. 27.4.1973, Rev. Trim. Jurpr. 70, 108 f.

6) TJGB Urt. v. 19.8.1969, Rev. Trib. 431, 201. Die Entscheidung stützt sich auf de Barros Monteiro, der meint, es fände eine Bevorzugung gegenüber der Ehefrau statt; TJGB Urt. v. 31.5.1973, Rev. Forense 250, 254 ff.; TJSP Urt. v. 14.8.1956, Rev. Trib. 259, 150 ff.; Dias, 68 ff.

Parallelen zu Frankreich

Bei der Berücksichtigung der seitens der Konkubine während der Dauer des Konkubinates geleisteten Dienste wird in Frankreich nicht das Dienstvertragsrecht herangezogen. Dies beruht darauf, daß man die Beiträge der Konkumbenten zur Schaffung und Sicherung der gemeinsamen materiellen Lebensgrundlage nicht gut von jenen beiderseits erbrachten Leistungen unterscheiden kann, die Gegenstand eines Dienstvertrages sein könnten. Der partnerschaftliche Gedanke steht also im Widerspruch mit dem für das Dienstvertragsrecht typischen Über- und Unterordnungsverhältnis[1].

Demgegenüber besteht allgemein Einigkeit, daß die Interessen der Frau an einem Ausgleich der von ihr erbrachten vermögenswerten Opfer nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zu behandeln sind. Im Wege der actio in rem verso kann die Frau Ausgleich für Vermögensverluste durch Dienstleistungen erhalten, wenn sie ohne "intention libérale" gehandelt hat und ihr Lebensunterhalt nicht gesichert war[2]. Hierin kommt der Gedanke zum Tragen, daß eine Entreicherung der Konkubine nur dann vorliegen kann, wenn sie keine entsprechende Gegenleistung für ihre Dienste erhalten hat. Als eine solche Gegenleistung ist der Unterhalt des Mannes für die Frau anzusehen[3].

b) Ansprüche aufgrund faktischen Gesellschaftsverhältnisses

Bei der Berücksichtigung der Ausgleichsinteressen der Konkubine wird auch untersucht, ob ihr gesellschaftsrechtliche

---

1) Ferid II, 4 B 60; Aubry-Rau-Esmein, 375; Savatier, 154 ff.; García Cantero, 123 f.; Stückradt, 52.

2) Aubry-Rau-Esmein, 375; Esmein, Rev. trim. civ. 1935, 771; Marty-Raynaud, 891; Planiol-Ripert-Boulanger, 453; Weill, 350; Ferid II, 4 B 60; García Cantero, 125, der die bekannte Entscheidung der Cour de Dijon vom 7.2.1928, D.P.1928.2.169, zitiert, wonach die Bereicherung auf Seiten des Mannes von einer Entreicherung bei der Frau begleitet sein muß.

3) Esmein, Rev. trim. civ. 1935, 771; Rodière, 71; García Cantero, 124; Stückradt, 53.

Ansprüche zustehen. Das setzt voraus, daß das Konkubinat gesellschaftsrechtlichen Charakter hat.

Die brasilianischen Gerichte bejahen das Vorliegen einer faktischen Gesellschaft (sociedade de fato) zwischen den Konkumbenten, wenn sie zusammengearbeitet haben, um einen gemeinsamen wirtschaftlichen Zweck zu erreichen und Vermögenswerte erworben wurden[1]. Das bedeutet, daß mehr als nur eine einfache Lebensgemeinschaft vorliegen muß. Erst wenn eine Interessengemeinschaft festgestellt werden kann, die auf Erwirtschaftung eines gemeinsamen Vermögens ausgerichtet ist[2], kann man von einer gesellschaftsähnlichen Erscheinung sprechen. Aufgrund ihres rechtlichen Status als "Gesellschafterin" kann die Konkubine dann bei Auflösung der Gesellschaft einen Teilungsanspruch hinsichtlich des Konkubinatsvermögens haben.

Das Oberste Bundesgericht hat in einer Entscheidung formuliert: "Wenn die Existenz einer faktischen Gesellschaft zwischen den Konkumbenten bewiesen wird, kann diese aufgelöst und das durch gemeinsame Bemühungen erworbene Eigentum (patrimônio) geteilt werden."[3]

Ungeachtet der Súmula Nr. 380 findet man Urteile, die zur Desorientierung beitragen, weil sie eine Beteiligung der Frau am Konkubinatsvermögen dann schon gestatten, wenn die Existenz des Konkubinates bewiesen wurde[4]. Diese Auffassung ist mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht in Einklang zu bringen. Offensichtlich unterscheidet der Supremo

---

1) STF Urt. v. 6.9.1974, Rev. Trim. Jurpr. 74, 486 ff.; Urt. v. 5.6. 1973, Rev. Trim. Jurpr. 57, 352 ff.; Urt. v. 18.8.1970, Rev. Trim. Jurpr. 56, 521 ff.; Urt. v. 3.4.1970, Rev. Trim. Jurpr. 54, 762 ff.; TAGB Urt. v. 30.4.1970, Rev. Trib. 427, 267 ff.; siehe dazu auch Wald, 31 ff.

2) TJSP Urt. v. 29.6.1971, Rev. Trib. 432, 73 ff.; Urt. v. 31.5.1968, Rev. Trib. 404, 141 f.

3) Súmula Nr. 380, vgl. Súmula, 123.

4) 4. Câm. Civ. TJSP Urt. v. 30.7.1970, Rev. Trib. 421, 141 f. Das Gericht behauptet, sein Standpunkt sei "heute von der Jurisprudenz als Prinzip übernommen worden". Das trifft nicht zu. Später führt es allerdings aus, daß die Klägerin dem Konkumbenten beruflich

Tribunal Federal zwischen dem Konkubinat einerseits und der faktischen Gesellschaft, die es zu beweisen gilt, andererseits. Eine Vermutung, daß eine faktische Gesellschaft stets mit dem Konkubinat verbunden sei, wurde nicht anerkannt, geschweige denn die dogmatische Einordnung des Konkubinates mit gesellschaftsrechtlichem Instrumentarium versucht. Bereits in einer der früheren Entscheidungen des Gerichts kommt zum Ausdruck, daß "die einfache Eigenschaft, Konkubine zu sein und das Zusammenleben more uxorio, nicht ausreichen, um der Gefährtin (companheira) den Status einer Gesellschafterin oder gleichberechtigten Miteigentümerin (meeira) zu verleihen"[1]. Klärend wurde dabei aber hinzugefügt, daß dies nicht der Begründung einer faktischen Gesellschaft zwischen den Konkumbenten im Wege stehe. Freilich sind einheitliche Beweiskriterien nicht ersichtlich, womit sich die Vielzahl unterschiedlicher Entscheidungen erklären läßt.

Eine verfahrensrechtliche Besserstellung erfährt die Konkubine dadurch, daß sie als "Inventarführer" (inventariante) bei der Abwicklung der Nachlaßverbindlichkeiten nach dem Tode des Konkumbenten bestimmt werden kann. Zwar steht der Konkubine die Einsetzung in diese Funktion nicht von Gesetzes wegen zu, noch ist ihre Bestimmung durch den Konkumbenten verbindlich[2], doch kann sie vom Gericht mit diesem Amt betraut werden, wenn eine geeignete Person, etwa die Ehefrau oder ein Erbe, fehlt. Insoweit liegt also eine Gleichstellung der Konkubine mit der Ehefrau vor. Allerdings kann die Konkubine den Nachlaß im Prozeß nicht aktiv oder passiv

---

zur Seite gestanden habe (!); anders 5. Câm. Civ. TJSP Urt. v. 6.3.1970, Rev. Trib. 417, 164 f.; 2. Câm. Civ. TJSP Urt. v. 9.10.1967, Rev. Trib. 392, 185 f.; vgl. auch Rodrigues, 249, der die Súmula Nr. 380 fehlinterpretiert, wenn er meint: "Die vorherrschende Idee der Súmula ist die der faktischen Gesellschaft zwischen den Konkumbenten..."; Carneiro, 263 m.w.N.

1) STF Urt. v. 25.5.1976, Rev. Trim. Jurpr. 78, 619 ff.; Urt. v. 6.11. 1973, Rev. Trim. Jurpr. 68, 274 f.; Urt. v. 15.10.1946, Rev. Forense 109, 413 ff.; vgl. auch TJRGdS Urt. v. 2.7.1975, Rev. Forense 255, 301.

2) STF Urt. v. 10.4.1972, Rev. Trim. Jurpr. 62, 486 ff.

vertreten, Art. 12 § 1 c.p.c.[1].

Parallelen zu Frankreich

Die Einschätzung, daß man die Interessen der Konkubine bei Auflösung der ehelichen Gemeinschaft anhand der Figur der faktischen Gesellschaft berücksichtigen müsse, hat in Frankreich viele Anhänger gefunden[2]. Wie Weill[3] anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung veranschaulicht, bringt es eine sich über eine gewisse Zeit erstreckende eheähnliche Gemeinschaft mit sich, daß die Konkumbenten ihre finanziellen Interessen vermengen. In Ermangelung eines ehelichen Güterstandes erfolgt die Auseinandersetzung wie eine "véritable liquidation" der "union d'interêts" bzw. "société de fait", vorausgesetzt, daß die geschilderte Vereinigung der Interessen auf dem Willen der Beteiligten beruht, Gewinn und Verlust des in gegenseitigem Einvernehmen aufgestellten "fonds social" zu teilen. Ohne diese affectio societatis kann eine "société de fait" nicht anerkannt werden, auch wenn bewiesen ist, daß zwischen den Parteien ein Konkubinat bestanden hat[4].

Damit stimmt die französische Judikatur mit der brasilianischen Rechtsprechung insoweit überein, als die Grundsätze der faktischen Gesellschaft auf das Konkubinat angewandt werden, wenn beide Konkumbenten gemeinsam zur Erwirtschaftung des Konkubinatsvermögens beigetragen haben. Die franzö-

---

1) Nähere Einzelheiten hierzu und zum quasi-güterrechtlichen Ausgleich bei Beendigung des Konkubinates bei Ferid-Kegel-Zweigert, IPG 1974 Nr. 35 (Hamburg), 368 ff. (376 ff.).

2) Aubry-Rau-Esmein, 373 ff.; Esmein, Rev. trim. civ. 1935, 771; Marty-Raynaud, 891; Mazeaud-Mazeaud, 714; Julliot de la Morandière, 428; Planiol-Ripert-Boulanger, 453; Savatier, 154 f.; Weill, 350; vgl. auch Ferid II, 4 B 60; García Cantero, 112 ff.; Stückradt, 49 f.; de Moura Bittencourt 1975, 140 ff.

3) Droit civil, 350.

4) Aubry-Rau-Esmein, 372; Savatier, 155; Stückradt, 49; Weill, 350; Rodière, 69 f. m.w.N.

sischen Gerichte stellen jedoch strengere Anforderungen an den Nachweis der faktischen Gesellschaft, indem sie nicht nur die gemeinsame Anschaffung von Werten ausreichen lassen, um auf das Bestehen eines faktischen Gesellschaftsverhältnisses zwischen den Konkumbenten schließen zu können, sondern - im Gegensatz zu früher - die subjektive Seite, also den animus societatis, einer genauen Prüfung unterwerfen[1].

c) Stellungnahme und Kritik

Die geschilderten Versuche, den Interessen der Konkubine mit Hilfe des Ausgleichsgedankens angesichts geleisteter Dienste oder anhand der Grundsätze der faktischen Gesellschaft gerecht zu werden, dürfen nicht als alternative Ansätze begriffen werden. Es gibt Sachverhalte, bei denen kein Vermögen während des Konkubinates erwirtschaftet werden konnte; da eine Beteiligung am eingebrachten Anfangsvermögen nicht stattfindet[2], müßte die Frau bei Auflösung der eheähnlichen Gemeinschaft, während deren Bestehen sie den Mann beruflich oder durch sonstige wirtschaftlich relevante Tätigkeit unterstützt hat, leer ausgehen. Um diese Konsequenz zu verhindern, werden die erbrachten Dienstleistungen subsidiär berücksichtigt[3]. Zwischen den beiden Lösungsansätzen besteht also kein Widerspruch, vielmehr ergänzen sie sich, indem die Theorie vom Entgelt für geleistete Dienste als "Ventil"[4] für jene Fälle anzusehen ist, bei denen der direkte Beitrag der Frau zur Akkumulation eines Konkubinatsvermögens entweder nicht bewiesen werden kann oder bei denen der wirt-

---

1) Simmonet, 28 ff.; Stückradt, 49.

2) TJSP Urt. v. 22.4.1970, Rev. Trib. 415, 295; Dias, 122.

3) STF Urt. v. 7.11.1972, Rev. Trim. Jurpr. 64, 517. Die Konkubine verlangte in diesem Rechtsstreit die Hälfte des Vermögens ihres Konkumbenten, hilfsweise, Entgelt für geleistete Dienste. Dem Hilfsantrag wurde stattgegeben; zur Subsidiarität vgl. auch Rodière, 71, mit Zitat von Nast.

4) de Moura Bittencourt I, 332.

schaftliche Vorteil darin besteht, daß wenn auch kein Zugewinn erzielt wurde, so doch das vom Mann eingebrachte Anfangsvermögen erhalten werden konnte[1].

Tragendes Prinzip beider Lösungsvorschläge ist der Ausgleich zwischen zwei Vermögensmassen, von denen die eine aus ungerechtfertigter Bereicherung auf Kosten der anderen resultiert[2]. De Moura Bittencourt[3] unterstreicht mit aller Deutlichkeit, daß die Theorien in Wahrheit nur eine "richterliche Technik" (técnica de julgamento) darstellen, welche die ungerechtfertigte Bereicherung verhindern soll[4].

Die Prüfung der Ansprüche der Konkubine bewegt sich danach innerhalb schon bekannter Rechtsfiguren, bei denen es auf die Eigenschaft der Beteiligten - etwa auf ihren "Status" als Konkumbenten - gerade nicht ankommt, sondern allein auf die Erfüllung der jeweiligen Anspruchsvoraussetzungen aus dem Gesellschafts- oder Bereicherungsrecht. Deshalb ist dem Standpunkt nicht zu folgen, der den Anspruch der Konkubine auf Beteiligung am gemeinsam erwirtschafteten Konkubinatsgut oder auf Entgelt für geleistete Dienste generell für möglich hält, gleichzeitig aber verlangt, daß zwischen den Parteien

---

1) Vgl. STF Urt. v. 22.3.1968, Rev. Trim. Jurpr. 45, 391.

2) STF Urt. v. 1.9.1975, Rev. Trim. Jurpr. 75, 936 ff. (939); Urt. v. 11.5.1973, Rev. Trim. Jurpr. 66, 765 ff. (766, 768); TJGB Urt. v. 31.5.1973, Rev. Forense 250, 254 ff.; TJRGdS Urt. v. 30.12.1965, Rev. Forense 219, 196 f.; Rodrigues, 247; Marty-Raynaud, 891, der "enrichissement sans cause" nur im Zusammenhang mit dem Ausgleich für geleistete Dienste erwähnt; ebenso Esmein, Rev. trim. civ. 1935, 771; Aubry-Rau-Esmein, 375 f., N 14 dort.

3) Concubinato, 142, 148, 150 f., 160.

4) Vor diesem Hintergrund ist auch die von García Cantero, El concubinato en el derecho francés, 125, behandelte Entscheidung der Cour de Aix vom 28.12.1933 zu verstehen, welche die Versionsklage bei Vorliegen einer société de fait für begründet hält. Es wird daran bemängelt, das Gericht habe nicht hinreichend zwischen der société de fait und dem Bereicherungsrecht unterschieden: "...no se distingue, con la debida precisión, entre las acciones derivadas de una sociedad de hecho y las del enriquecimiento sin causa." Die Kritik wird jedoch gegenstandslos, wenn man sich vergegenwärtigt, daß beide Theorien dem übergeordneten bereicherungsrechtlichen Ausgleichsgedanken zu dienen bestimmt sind.

kein Ehehindernis bestehen dürfe. Das Gericht, daß diese Voraussetzung aufgestellt hatte[1], glaubte, sich auf die Súmula Nr. 35, die bereits in anderem Zusammenhang erwähnt worden ist[2], stützen zu können. Die Súmula Nr. 35 des Supremo Tribunal Federal besagt: "Bei Arbeits- oder Transportunfällen steht der Konkubine ein Entschädigungsanspruch für den Tod des Geliebten (amásio) zu, wenn zwischen ihnen kein Ehehindernis bestand."[3] Die in der Súmula Nr. 35 zusammengefaßte ständige Rechtsprechung des Obersten Bundesgerichts verfolgt den Zweck, die Konkubine nicht auf Kosten der Ehefrau des Verunglückten zu entschädigen, also kein ehebrecherisches Konkubinat im nachhinein zu honorieren[4]. Damit ist aber keineswegs beabsichtigt, die Leistungen der Frau für den Mann so einzuschätzen, als seien sie gleichsam à fonds perdu erbracht.

Man muß also zwei entscheidende Fragen auseinanderhalten. Die erste bezieht sich darauf, ob das Gesellschaftsrecht bei der Liquidation und das Bereicherungsrecht bei der Herausgabepflicht überhaupt nach dem persönlichen Status der Parteien in eherechtlicher Hinsicht fragen. Das ist nicht der Fall. Die zweite Frage beschäftigt sich damit, ob die konkrete Gemeinschaft ein Konkubinat darstellt. Die Antwort hierfür ist nur dann erheblich, wenn an das Konkubinat als solches bestimmte Rechtsfolgen geknüpft werden. Bei der Beantwortung der ersten Frage kommt es dagegen allein darauf an, ob die einzelnen Leistungen des Rechtssubjektes A an das Rechtssubjekt B an sich sittenwidrig sind[5]. Es ist je-

---

1) TJSP Urt. v. 22.10.1970, Rev. Trib. 423, 126 f.; Urt. v. 18.8.1966, Rev. Trib. 382, 134 f. In diesem Fall war der Verstorbene verheiratet und hatte eheliche Kinder; vgl. auch TJRdJ Urt. v. 4.6.1975, Rev. Trib. 483, 195 f.

2) Siehe oben S. 108.

3) Súmula, 43.

4) Wald, 29 f.; de Moura Bittencourt 1975, 110 f., 277 ff., 376; so auch STF Urt. v. 11.11.1971, Rev. Trim. Jurpr. 59, 626 ff. (627).

5) Etwa im Sinne eines "pretium stupri" oder "pretium carnis", vgl. oben S. 139 f.

doch kein Grund ersichtlich, warum man darüberhinaus unsachgemäß inquisitorisch ein möglicherweise zwischen denselben am Leistungsaustausch beteiligten Rechtssubjekten bestehendes Konkubinat heranziehen sollte. Nicht aus dem Konkubinat selbst, sondern aus einer gesondert zu beweisenden faktischen Gesellschaft oder aus gleichfalls zu beweisenden wirtschaftlich relevanten Leistungen der Frau erwachsen die Ausgleichsansprüche.

Die Gerichte haben daher nicht über Ansprüche zu entscheiden, die irgendwie mit nichtehelichen Lebensgemeinschaften, die als unsittlich empfunden werden mögen, in Verbindung gebracht werden. Sie haben vielmehr allein darüber zu urteilen, ob die Voraussetzungen für einen Ausgleich angesichts einer ungerechtfertigten Bereicherung bzw. Entreicherung im Verhältnis zweier Personen gegeben sind. Es werden also damit keinesfalls nichtige Rechtsgeschäfte zugunsten eines Konkumbenten mit positiven Rechtsfolgen verknüpft, sondern bestehende Rechtsbeziehungen zusammen mit den ausgetauschten Leistungen billigerweise berücksichtigt[1]. Wer diese Unter-

---

1) TJSP Urt. v. 23.12.1957, Rev. Trib. 276, 494 ff. - Eine Erleichterung beim Nachweis der zwischen den Konkumbenten bestehenden Rechtsbeziehungen schaffen die in Brasilien gelegentlich geschlossenen "Vertragsehen" (casamentos por contrato). Die Verträge enthalten in der Regel die Pflicht der Frau, häusliche oder andere Dienste zu leisten, während der Mann den Unterhalt zu besorgen hat und sich verpflichtet, die Frau an den Einkünften und den während der Dauer der "Ehe" erworbenen Vermögenswerten zu beteiligen. Häufig werden die Vereinbarungen unter detaillierter Aufführung sämtlicher Rechte und Pflichten von Mann und Frau erstellt; bei anderen wird auf Normen des positiven Rechts verwiesen, indem entweder die eherechtlichen und insbesondere die ehegüterrechtlichen Aussagen des código civil übernommen werden oder aber die Rechtsfigur der Gesellschaft, Art. 1.363 c.c., für die Beziehung gewählt wird. Oft wird auch der Unterhalt für die Kinder oder die Anerkennung künftiger Abkömmlinge festgehalten. Diese Verträge, die eine Bündelung gesellschaftsrechtlicher, ehe- und ehegüterrechtlicher sowie familienrechtlicher Abreden darstellen, werden bisweilen mit notarieller Beglaubigung "legalisiert". Im vergangenen Jahrzehnt hat sich bereits in einigen Bundesstaaten heftiger Widerstand der Justizbehörden gegen die Beurkundung derartiger Verträge geregt, und es wurde den Notaren unter Androhung der Suspendierung ausdrücklich untersagt, sie zu beglaubigen. Doch auch dieses "Legalisierungshindernis" umgehen die Konkumbenten, indem sie Zeugen hinzuziehen. Damit soll die Publizität und vermeintliche Respektabilität des Aktes vor dem Gesetz sichergestellt werden. Im neueren

scheidung nicht nachvollzieht, gelangt dazu, den bereicherten Gefährten vor den Ausgleichsansprüchen der entreicherten Gefährtin zu schützen, indem er auf den unsittlichen Charakter der Beziehung abstellt, was so nicht gerechtfertigt erscheint.

Nach der hier vertretenen Ansicht kann man auch diejenigen Verbindungen, die wegen bestimmter Rechtsmängel nicht als Konkubinate anerkannt werden sollen[1], ebenfalls berücksichtigen. Die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien solcher Gemeinschaften regeln sich danach entsprechend den soeben dargelegten Grundsätzen[2].

Abschließend bleibt festzuhalten, daß diese Lösungsversuche eine Typisierung nicht ermöglichen. Das Konkubinat als Rechtsfigur begründet keine autonomen Ausgleichsansprüche der Konkumbenten gegeneinander[3]. An diesem Ergebnis ändert

---

Schrifttum tauchen diese Verträge kaum noch auf; die Praxis beschäftigt sich, soweit ersichtlich, nicht mehr mit ihnen, was vermutlich auf die klare Ablehnung, welche die "Vertragsehen" in vergangener Zeit erfahren haben, als sie durchweg für nichtig gehalten wurden, zurückzuführen ist; vgl. zum Problem der "Vertragsehen" die Darstellung bei de Azevedo, 38; de Moura Bittencourt IV, 150 ff.; de Barros Monteiro, 20; Dias, 56 ff.; Gessner-Samtleben, 700 ff.

1) Siehe dazu oben S. 108 ff. (113) sowie die Konkubinatsdefinition auf S. 118; wie hier im Ergebnis auch STF Urt. v. 12.9.1975, Rev. Trim. Jurpr. 75, 965 ff.: eine faktische Gesellschaft zwischen ehebrecherischem Gefährten und Geliebter wurde zwar wegen des Ehebruchs verneint, eine Auseinandersetzung hinsichtlich des "Konkubinatsguts" aber nur deshalb verneint, weil die Konkubine ihren Beitrag zum Erwirtschafteten nicht beweisen konnte.

2) Nur im Ergebnis kann daher dem TJSP Urt. v. 31.10.1972, Rev. Trib. 451, 113 ff., gefolgt werden, das die Beteiligung am gemeinsam erworbenen "Konkubinatsvermögen" auch bei ehebrecherischer Verbindung bejahte, diese jedoch als Konkubinat definierte.

3) Einzelne Initiativen, die dagegen gerichtet sind, können nicht als repräsentativ für eine maßgebliche Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur gewertet werden. Siehe dazu oben S. 143 f. N4. Der Reformentwurf 1972 zum código civil (Anteprojeto) sieht in Art. 1.989 vor, daß nach 5 Jahren eheähnlichen Zusammenlebens die erworbenen Güter als beiden Konkumbenten gehörend vermutet werden, selbst wenn sie nur im Namen des einen aufgeführt sind, vgl. Dias, 109. Hier wurde also versucht, dem Konkubinat eigene vermögensrechtliche Wirkungen zuzugestehen. In dem jüngsten Entwurf für einen neuen código civil (Projeto da Lei Nr. 634 von 1975, veröffentlicht im Diário do Congresso Nacional, Seção I, v. 13.6.1975) findet sich kein solcher Vorschlag mehr.

auch nicht, daß sowohl in Brasilien als auch in Frankreich einzelne Normen des Zivilrechts zugunsten der Konkubine ausgelegt werden, obwohl diese darin ausdrücklich nicht erwähnt wird.

aa) Ansprüche der Konkubine wegen Tötung des Konkumbenten

Im Bereich des Rechts der unerlaubten Handlung statuiert Art. 159 des brasilianischen Zivilgesetzbuches die Schadensersatzpflicht desjenigen, der durch schuldhaftes Tun oder Unterlassen ein Recht eines anderen verletzt oder einem anderen Schaden zufügt. Nach Art. 1.537 des código civil umfaßt der Schadensersatz bei Tötung sowohl die Erstattung der Behandlungskosten und der Kosten für Beerdigung und die Familientrauer (luto de família) als auch die Zahlung von Unterhalt an diejenigen Personen, denen gegenüber der Getötete den Unterhalt "schuldete". Der Streit geht darum, ob die Tötung des Konkumbenten durch einen Dritten ein Recht des anderen Gefährten verletzt oder diesem einen rechtlich anerkennenswerten Schaden überhaupt zufügen kann und ob - gewissermaßen auf der Rechtsfolgenseite - ein Schadensersatzanspruch nach Art. 1.537 c.c. bejaht werden kann, was allerdings voraussetzt, daß der Getötete dem überlebenden Lebensgefährten einst Unterhalt "geschuldet" haben muß. Fest steht, daß die Konkubine kein einklagbares Recht auf Unterhalt hat, so daß den Konkumbenten allenfalls eine sittlich begründete Pflicht zur Leistung von Unterhalt treffen kann. Dennoch bejaht die überwiegende Meinung eine Haftung des Dritten bei Tötung des Gefährten[1].

Parallelen zu Frankreich

Auch in Frankreich findet man eine vergleichbare Diskussion. Es geht dort um die Auslegung des Art. 1382 code civil, wonach "tout fait quelconque qui cause à autrui un dommage,

1) STF Urt. v. 11.5.1973, Rev. Trim. Jurpr. 66, 765 ff. (768); Urt. v. 11.11.1971, Rev. Trim. Jurpr. 59, 626 ff.; Dias, 156 m.w.N.

oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer".

Inzwischen wird ein "dommage" der Konkubine wegen der Tötung des Konkumbenten, der sie materiell unterhielt, nur noch dann verneint, wenn ein strafbarer Ehebruch des Getöteten vorgelegen hat[1].

bb) Zuwendungen an die Konkubine

Die anderen Normen des Zivilrechts, deren Auslegung zugunsten der Konkubine in Brasilien umstritten ist, sind die Art. 1.474 und 1.719 III c.c. Die erste Norm verbietet die Bestimmung jener Person als Begünstigte aus einer Lebensversicherung, die rechtlich außerstande ist, vom Versicherten eine Schenkung zu empfangen. Es wird entsprechend Art. 1.177 c.c. angenommen, daß die Konkubine eines ehebrecherischen Mannes als Begünstigte aus der Lebensversicherung ausscheide. Art. 1.177 c.c. besagt nämlich, daß die Ehefrau des Schenkers oder seine gesetzlichen Erben binnen einer Frist von zwei Jahren nach Auflösung der ehelichen Gemeinschaft die Schenkung an die Konkubine, mit der jener Ehebruch begangen hat, anfechten und gemäß Art. 248 IV und einziger Paragraph c.c. herausverlangen können. Man wird demnach die Zuwendung unter Lebenden nicht als nichtig, sondern nur als anfechtbar werten können, mit der Folge, daß auch die Begünstigung der Konkubine aus dem Versicherungsverhältnis des Konkumbenten solange wirksam ist, bis die Ehefrau oder die gesetzlichen Erben von ihrem Anfechtungsrecht Gebrauch machen[2].

---

1) Cour de cassation criminelle, 19.6.1975, Gaz. Pal., 1975, 9; zur früheren Rechtslage vgl. Esmein, Rev. trim. civ. 1935, 771 ff. m.w. N.; Marty-Raynaud, 893 f.; Mazeaud-Mazeaud, Rev. trim. civ. 37, 459 f.; Julliot de la Morandière, 427; Planiol-Ripert-Boulanger, 454; Rodière, 73 f.; Tunc, 106 ff.; Weill, 351 f.; Ferid II, 4 B 63.

2) So auch de Moura Bittencourt 1975, 242 f.; die Nichtigkeit der Zuwendung des versicherungsrechtlichen Anspruchs - nicht des Versicherungsvertrages im ganzen - vertreten TJP Urt. ohne Datum, Rev. Forense 253, 346; TJGB Urt. v. 11.6.1974, Rev. Forense 250, 266 f.; Urt. v. 25.6. 1973, Rev. Forense 247, 195 f.; TJP Urt. v. 21.10.1970, Rev. Forense 235, 226; TJSP Urt. v. 10.7.1969, Rev. Forense 68, 148 ff.

Art. 1.719 III código civil verbietet die Erbeinsetzung der Konkubine eines verheirateten Erblassers ebenso, wie ihre Bestimmung als Vermächtnisnehmerin. Eine Verfügung von Todes wegen seitens des unverheirateten Mannes zugunsten seiner Konkubine ist dagegen wirksam[1]. Ausdrücklich erlaubt ist die Bestimmung der Konkubine von Todes wegen als Anspruchsberechtigte aus den jeweiligen Versicherungsverhältnissen des unverheirateten oder getrennt lebenden Mannes im Sozialrecht[2].

Parallelen zu Frankreich

In Frankreich werden Zuwendungen unter Konkumbenten, darunter auch die zugunsten eines Lebensgefährten abgeschlossene Lebensversicherung, für nichtig gehalten, wenn das Motiv "la formation, la continuation ou la reprise des rapports immoraux ou leur rémunération" ist[3]. In solchen Fällen greift Art. 1131 code civil ein, demzufolge ein Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn eine "cause illicite" vorliegt, insbesondere wenn es "contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public" gemäß Art. 1133 c.c. ist. Die Nichtigkeit folgt also nicht bereits aus dem Umstand, daß die Parteien in einem Konkubinat leben, vielmehr tritt sie ein, wenn sich die Zuwendung an sich als pretium stupri darstellt[4], wobei das Motiv des Zuwendenden für die Beurteilung der Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes ausschlaggebend ist[5].

2) Die Namensführung

Im Namensrecht ist die Angleichung des Konkubinates an die Ehe bereits weit gediehen.

---

1) STF Urt. v. 10.4.1972, Rev. Trim. Jurpr. 62, 486 ff.

2) TFR Urt. v. 28.6.1972, Rev. Forense 246, 344 ff.; im einzelnen dazu unten S. 169 ff.

3) Mazeaud-Mazeaud, 713 m.w.N.

4) Marty-Raynaud, 889 f.; Mazeaud-Mazeaud, 713; Weill, 348 f.

5) Ascensio, 251.

Gemäß Art. 240 c.c. übernimmt die Frau bei der Heirat den oder die Nachnamen des Mannes. Dieses Recht steht ihr, wie schon erwähnt, auch nach Trennung der Ehe zu, es sei denn, die Trennung erfolgte wegen ihres Verschuldens[1].

Die Konkumbenten haben in der Regel auch ein Interesse an der Führung eines gemeinsamen Familiennamens, mit Hilfe dessen ihre Verbindung in den Augen Dritter gefestigt und wie eine Ehe erscheint. Solche Versuche scheiterten früher meistens daran, daß die Gerichte darauf verwiesen, das Konkubinat sei am Rande des Gesetzes angesiedelt und die Frau würde nicht in die Familie des Namensträgers integriert, weil sie nicht mit dem Mann verheiratet sei[2]. Hier wird das Bestreben deutlich, die eheliche Lebensgemeinschaft und die Einheit der Familie, die in der Führung eines gemeinsamen Namens ihren sichtbaren Ausdruck finden, vor "Paralleleinrichtungen" zu schützen. Die Unterscheidung der legitimen von einer durch das Konkubinat begründeten atypischen Familie ließe sich bei Gleichheit des Familiennamens kaum durchführen. Im Grunde wiederholte diese Auffassung den Rechtsgedanken des Art. 240 c.c. An anderer Stelle kam die Befürchtung zum Ausdruck, daß mit der Änderung des Familiennamens der Konkubine die Konsequenzen des Scheidungsverbotes vereitelt und die Unauflösbarkeit der Ehe untergraben würden[3].

Die Fälle, bei denen die Änderung des Familiennamens möglich war, standen gesetzlich fest. Es waren dies Heirat, Adoption, Feststellung der nichtehelichen Vaterschaft, freiwilliger Verzicht nach dem desquite oder Namensverlust infolge des gerichtlichen Trennungsurteils sowie gemäß dem Gesetz über Öffentliche Register (Lei de Registros Públicos) Nr.

---

1) Siehe dazu oben S. 49.

2) TAGB Urt. v. 10.4.1975, Rev. Trib. 476, 104 f.; TJSP Urt. v. 10.6. 1975, Rev. Trib. 481, 93 f.; Urt. v. 18.4.1974, Rev. Forense 251, 189 f.; Urt. v. 4.4.1974, Rev. Trib. 468, 81 ff. u. das dort zitierte Urt. v. 25.9.1961, Franceschini-de Salles Oliveira III, 1852 ff.

3) TAGB Urt. v. 15.7.1971, Rev. Forense 239, 143 ff.; dagegen TAGB Urt. v. 9.12.1969, Rev. Forense 232, 166 ff. = Rev. Trib. 426, 240 ff.

6.015 vom 31.10.1973, geändert durch die Gesetze Nr. 6.140 vom 28.11.1974 und Nr. 6.216 vom 30.6.1975. Der frühere Art. 57 dieses Gesetzes ermöglichte die Namensänderung innerhalb eines Jahres nach Erreichung der Volljährigkeit, sofern dadurch die Nachnamen der Familie nicht beeinträchtigt wurden und wenn nach Art. 58 ein besonderer Grund (motivadamente) vorlag. Dieses unbestimmte Tatbestandsmerkmal des Gesetzes war der Angelpunkt für Gegenvorschläge, die das Vorliegen einer eheähnlichen Gemeinschaft als einen wichtigen Grund für die Namensänderung betrachteten.

Die Gerichte haben allerdings nicht das Bestehen eines Konkubinates schlechthin ausreichen lassen, sondern darauf abgestellt, ob es sich um langjährige Verbindungen handelte[1]. Aus manchen dieser Verbindungen waren Kinder hervorgegangen, deren Registrierung unter den Familiennamen beider Elternteile erfolgt war[2].

Insbesondere durch Pressepublizität wurde der Fall des Komponisten Villa Lobos zur cause célèbre auf diesem Gebiet. Von seiner Ehefrau getrennt, hatte er bis zu seinem Tode mit einer anderen Frau in einer gesellschaftlich unangefochtenen und auch bei zahlreichen offiziellen Anlässen protokollarisch respektierten Gemeinschaft gelebt. Die langjährige Gefährtin beantragte, den Namen Villa Lobos, unter dem sie bis dahin ununterbrochen gelebt hatte, weiterhin öffentlich tragen zu dürfen. Das Gericht zweiter Instanz sah keinen Anlaß, dem Antrag nicht stattzugeben, da die rechtmäßige Ehefrau inzwischen gestorben war und die gesetzlichen Erben dem Wunsch der Konkubine nicht widersprachen[3]. Ein anderes Gericht machte im Falle eines fünfzehn Jahre währenden Konku-

---

1) TJSP Urt. v. 6.3.1975, Rev. Trib. 485, 92; TJP Urt. v. 28.11.1973, Rev. Forense 248, 333 f.; TAGB Urt. v. 9.12.1969, Rev. Forense 232, 166 ff. = Rev. Trib. 426, 240 ff.

2) TJSP Urt. v. 24.5.1973, Rev. Trib. 457, 71 f.: das Konkubinat hatte hier schon fast 30 Jahre bestanden; Urt. v. 3.4.1975, Rev. Trib. 481, 86 ff.

3) TAGB Urt. v. 9.12.1969, Rev. Trib. 426, 240 ff. = Rev. Forense 232, 166 ff.

binates zwischen einem Richter und einer Rechtsanwältin deutlich, worauf es Wert legte: allein den wiederholten Gebrauch des Namens im gesellschaftlichen Bereich sowie in öffentlichen und privaten Urkunden (!) habe man - ex facto oritur jus - zu respektieren[1]. Dasselbe Gericht wies aber eine andere Konkubine mit der Begründung ab, daß eine Änderung des Namens nur durch Heirat in Frage komme[2].

Wenige Monate nach dem zuletzt zitierten Urteil, in dem mit der älteren Rechtsprechung gegen die Konkubine entschieden worden war, brachte die Reform des Gesetzes Nr. 6.015 vom 31.10.1973 durch das Gesetz Nr. 6.216 vom 30.6.1975 in Art. 57 den in der Praxis teilweise schon vorgezeichneten Durchbruch. Art. 57, der einschließlich seines ersten Paragraphen fast wörtlich mit seinem Vorgänger, dem Art. 56 a.F. übereinstimmt, erhielt den Zusatz der Paragraphen 2 bis 6[3]. Der Gesetzgeber hat darin den Ausnahmecharakter einer Namensänderung ("excepcionalmente e havendo motivo ponderável") ganz im Sinne der bisherigen Judikatur, die sie nur "motivadamente" zugelassen hatte, beibehalten.

Trotz der erkennbaren Präzisionsbestrebungen bei der Formulierung[4] ist der Wortlaut alles andere als klar. Der in Art. 57 § 2 des Neuen Gesetzes über Öffentliche Register normierte Fall, daß eine ledige Frau mit einem ledigen Mann zusammenlebt, wobei ein gesetzliches Ehehindernis zwischen beiden Personen aufgrund ihres Zivilstatus besteht, ist nicht möglich. Das Gleiche gilt für das Verhältnis zwischen Verwitweten oder zwischen diesen und Ledigen. Demnach hätte es nur der Erwähnung der "Desquitados" bedurft.

Mit der Aufzählung der Ledigen, Getrennten und Verwitweten,

---

1) TJSP Urt. v. 3.4.1975, Rev. Trib. 481, 86 ff.

2) TJSP Urt. v. 10.4.1975, Rev. Trib. 476, 104 f.; Urt. v. 10.6.1975, Rev. Trib. 481, 93 f.

3) Wiedergabe der Art. 56, 57 und deutsche Übersetzung des Verfassers unten auf S. 195 f. (Anhang).

4) Art. 57 § 2 spricht unnötigerweise von einem gesetzlichen Ehehindernis aufgrund des Zivilstatus einer der Parteien "oder beider" (!).

die wegen eines Ehehindernisses nicht heiraten können, bleibt die Gruppe der nur religiös Getrauten außerhalb der Reichweite des Gesetzes. Ihnen bleibt für die Namensänderung nur der Weg über die Ziviltrauung. Auch die Gruppe der faktisch getrennt Lebenden ist in das Gesetz nicht miteinbezogen worden. Ausgeschlossen zu sein scheint nunmehr auch die Möglichkeit, nach dem Ableben des Konkumbenten eine Namensänderung durchzuführen, wie das vorher z.B. im Falle Villa Lobos noch möglich war. Art. 57, der dem Art. 56 a.F. bis auf eine stilistische Verbesserung gleicht[1] und dessen Tatbestandsmerkmal "motivadamente", wie erwähnt, früher oft erfolgreich mit den verschiedenen Erscheinungen nichtehelichen Zusammenlebens in Übereinstimmung gebracht werden konnte, kann nach der neusten Gesetzeslage nicht mehr zur Begründung der Namensänderung herangezogen werden. Zudem enthält die neue Fassung des Art. 57 in § 2 außer dem Merkmal des wichtigen Grundes auch noch das Erfordernis, daß die Maßnahme Ausnahmecharakter haben müsse. Damit ist a fortiori eine Namensänderung erst nach Beendigung des Konkubinates durch den Tod des Mannes, einem Fall, der nicht unter § 2 subsumiert werden kann, auch nicht bei Art. 57 unterzubringen, der noch die Wendung "motivadamente" enthält. Schließlich würde ein Antrag der überlebenden Konkubine meistens an § 3 scheitern, der eine ausdrückliche Übereinstimmung mit dem Willen des Mannes verlangt. Nunmehr erscheint es ausgeschlossen, eine Zustimmung des Mannes aus Umständen zu folgern, die vor seinem Tod vorgelegen haben, was im Falle Villa Lobos noch geschehen ist.

Die in § 3 festgelegte Fünfjahresfrist entfällt bei Vorhandensein gemeinsamer Kinder. Es ist abzusehen, daß diese Wendung weiteren Interpretationsstreit provozieren wird, wenn die Frage aufgeworfen werden sollte, ob das Vorhandensein gemeinsamer Kinder die Übereinstimmung mit dem Willen des Mannes ersetzt. Wenn man das aufgrund der unscharfen Formulierung bejaht, käme unter der besonderen Voraussetzung, daß Abkömmlinge aus der Verbindung hervorgegangen sind, eine Namensangleichung post mortem doch noch in Betracht. Die

---

1) Statt "só" heißt es nun "sòmente".

grammatische Auslegung des Gesetzeswortlautes aber spricht eher für die entgegengesetzte Auffassung[1].

Eine weitere Unklarheit des Gesetzes besteht in der Art und Weise der Namensgestaltung. Aufgrund der Aussage des § 2 ist es durchaus möglich, daß die Konkubine ihrem Mädchennamen oder ehelichen Familiennamen, den sie nach gerichtlicher Trennung oder nach dem Tod des Ehemannes weiterhin führt, mehrere Familiennamen im Zusammenhang mit weiteren Konkubinaten hinzufügt. Das Gesetz sagt nicht, wie lange das Namensführungsrecht besteht, ob es mit Beendigung des Konkubinates erlischt, wie dies festzustellen ist, noch läßt es erkennen, wie sich die Namensführung der Eltern auf die Namensgestaltung der Kinder und der folgenden Generationen auswirkt, insbesondere, wenn die Abkömmlinge ihrerseits heiraten oder Konkubinate eingehen.

Ein wesentlicher Unterschied zum Namensführungsrecht der Ehefrau nach Art. 240 c.c. besteht in den Regelungen der §§ 2, 3. Die erstgenannte Vorschrift besagt, daß die Konkubine den Namen nicht substitutiv, sondern nur kumulativ zu ihrem bisherigen Namen tragen darf. Die zweite Norm ergibt, daß die Konkubine keinen Anspruch auf die Führung des Familiennamens ihres Gefährten hat. Ein Konflikt mit dem materiellen und formellen Namensrecht zeichnet sich aus den soeben dargelegten Gründen allerdings schon jetzt ab.

3) Vaterschaftsfeststellung und Konkubinat

Die Möglichkeit der Anerkennung eines im Konkubinat gezeugten Kindes ist in Art. 355 c.c. vorgesehen. Danach kann das uneheliche Kind, also auch das im Konkubinat gezeugte, durch

---

1) Vgl. das auffallende Komma vor der koordinierenden Konjunktion "und", durch welche die beiden Konditionalnebensätze aneinandergereiht werden sowie das Fehlen dieses Satzzeichens vor der Alternativkonjunktion "oder", womit syntaktisch die Unterordnung als Alternative innerhalb der zweiten Konditionalwendung zum Ausdruck kommt, vgl. auch Nascimento, 35.

beide Eltern oder jeden Elternteil anerkannt werden. Das Konkubinat findet expressis verbis Erwähnung in Art. 363 I c.c., wonach Kinder aus Verbindungen zwischen Personen, die nicht unter die Ehehindernisse des Art. 183 I bis VI c.c. fallen[1], auf Anerkennung der Vaterschaft klagen können, wenn die Mutter zur Empfängniszeit mit dem angeblichen Vater im Konkubinat gelebt hat[2].

Auffallend ist, daß die Begriffsbestimmung des Konkubinates im Sinne des Art. 363 I c.c. nicht dieselben Merkmale aufweist, die in den sonst anzutreffenden Definitionen enthalten sind[3]. So wird das gemeinsame Leben unter demselben Dach (more uxorio) in diesem Zusammenhang nicht verlangt. Dafür aber wird gefordert, daß zwischen den Beteiligten Geschlechtsbeziehungen unterhalten wurden, daß die Gemein-

---

1) Zu diesen Ehehindernissen siehe oben S. 63 ff. (65 ff.); zur Anerkennungsproblematik bei Vorliegen von Ehehindernissen siehe oben S. 66 N1.

2) Art. 363 I c.c. wurde durch Gesetz-Dekret Nr. 4.737 vom 24.9.1942, das nur die Anerkennung der Kinder nach erfolgtem desquite zuließ, sowie durch Gesetz Nr. 883 vom 21.10.1949, wonach jeder Ehegatte sein außereheliches Kind nach Auflösung der ehelichen Gemeinschaft anerkennen kann, also nicht nur im Falle des desquite, sondern auch dann, wenn die Ehe durch Nichtigkeits- oder Aufhebungsurteil endet, und wonach auch dem Kinde das Klagerecht auf Vaterschaftsfeststellung in diesen Fällen gegeben wird, insoweit geändert, als der Fall des Art. 183 VI c.c. nun nicht mehr erfaßt ist, obwohl das Ehehindernis der Bigamie auch dann fortbesteht, wenn eine heiratswillige Partei vom vormaligen Ehegatten getrennt wurde, siehe dazu oben S. 72 ff. Daraus folgt, daß die Klarstellung in Art. 6 des Gesetzes Nr. 883 vom 21.10.1949, gemäß dem von den Art. 337 bis 367 c.c. lediglich Art. 358 c.c. geändert worden sein soll, ungenau ist. Das Gesetz Nr. 883 ermöglicht in erster Linie die Anerkennung außerehelicher Kinder; es erwähnt die Anerkennung von Konkubinatskindern nicht, dennoch wird das Gesetz auf solche Fälle angewandt und die Vaterschaftsklage auch nach dem Tode des angeblichen Vaters zugelassen, wenn die Mutter nach faktischer Trennung von ihrem Ehemann die Kinder während des Zusammenlebens mit dem seinerseits verheirateten Lebensgefährten gezeugt und geboren hat, STF Urt. v. 23.8. 1974, Rev. Trim. Jurpr. 73, 588 ff.; Urt. v. 18.6.1973, Rev. Trim. Jurpr. 68, 429 ff.; Urt. v. 28.3.1969, Rev. Trim. Jurpr. 49, 119 ff. Angesichts dieser Entwicklung wird bisweilen behauptet, über den Umweg der Anerkennung außerehelicher Kinder werde das ehebrecherische Konkubinat (!) gebilligt, vgl. de Barros Monteiro, 16. Siehe auch oben S. 66 N1.

3) Siehe dazu oben S. 99; vgl. auch Definitionsvorschlag oben auf S. 118.

schaft einen gewissen Grad an Offenkundigkeit hatte und die Frau dem Mann geschlechtliche Treue hielt[1].

Angesichts der Regelung in Art. 363 II 2.Alt. c.c., der zufolge die Klage auf Feststellung der Vaterschaft dann schon gegeben ist, wenn die Empfängnis in die Zeit fällt, in welcher der angebliche Vater mit der Mutter Geschlechtsbeziehungen unterhielt, ist eine Definition des Konkubinates, wie die soeben zitierte, nur dann relevant, wenn sie den rechtlichen Unterschied zwischen Art. 363 I und Art. 363 II 2.Alt. c.c. erfaßt. Dieser Unterschied wird von vielen darin gesehen, daß Art. 363 I c.c. im Gegensatz zu Art. 363 II 2.Alt. c.c. eine gesetzliche Vermutung der Vaterschaft begründe[2]. Andere meinen, es handele sich dabei um eine rein tatsächliche Vermutung, die je nach Lage des Einzelfalles zu bewerten sei[3]. Wegen der starken Indizwirkung, die ein durch die Geschlechtstreue der Frau gekennzeichnetes Konkubinat für die Vaterschaft des Konkumbenten hat, wird auch die Umkehrung der Beweislast zu Lasten des Beklagten im Vaterschaftsprozeß vertreten[4]. Die Rechtsprechung neigt dazu, in Art. 363 I c.c. eine Vermutung für die Vaterschaft zu sehen, die im Wege der sogenannten Einrede des Mehrverkehrs (exceptio plurium concubentium) widerlegt werden kann, wenn mehrere Männer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt haben[5].

a) Frankreich

Art. 340 I Ziff. 4 des code civil enthielt seit seiner Neufassung durch Gesetz vom 16.11.1912 die Möglichkeit der ge-

---

1) Franceschini-de Salles Oliveira III, 1627 ff. mit zahlreichen Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung; a.A.: TJRGdS Urt. v. 9.6. 1949, ebenda zitiert.

2) Gomes-Carneiro, 56 f.; Rodrigues, 302 m.w.N.

3) Pontes de Miranda IX, 88; de Moura Bittencourt 1975, 325 f. m.w.N.

4) TJSP Urt. v. 15.3.1955, Rev. Trib. 236, 176 ff.; Rodrigues, 303.

5) TJRGdS Urt. v. 9.6.1949; TJSP Urt. v. 24.5.1956; Urt. v. 28.6.1955; Urt. v. 15.3.1955; Urt. v. 18.5.1954, allesamt zitiert bei Franceschini-de Salles Oliveira III, 1623 ff.

richtlichen Vaterschaftsfeststellung[1]. Die Norm verlangte, daß der angebliche Vater mit der Mutter während der gesetzlichen Empfängniszeit in einem offenkundigen Konkubinat (concubinage notoire) gelebt haben müsse.

Die Rechtsprechung interpretierte den Begriff des concubinage notoire in der Folgezeit sehr großzügig und verzichtete auf Merkmale wie räumliches Zusammenleben und zeitliche Erstreckung des Konkubinates über die gesamte Empfängniszeit hinweg[2]. Es genügten bereits regelmäßige und offenkundige Geschlechtsbeziehungen[3]. Die Offenkundigkeit wurde dann schon als gegeben erachtet, wenn wenigstens einzelne Personen davon erfuhren, es brauchte also nicht eine notoriété publique oder gar universelle vorzuliegen, so daß, wie Madlener angesichts der Praxis der französischen Gerichte bemerkte, die Vaterschaftsklage "aufgrund jedes ernsthaften, nicht absolut geheimgehaltenen Liebesverhältnisses (véritable liaison), das Dritten gegenüber die beiden als amant et maîtresse erscheinen und die Treue der Frau vermuten läßt", möglich war[4].

Art. 340 c.c. n.F., der aufgrund des Gesetzes Nr. 72 vom 3.1.1972 geändert wurde, positiviert das Ergebnis der seit 1912 vollzogenen Entwicklung. Nunmehr ist die Klagevoraussetzung für die Vaterschaftsklage erfüllt, wenn der angebliche Vater mit der Kindesmutter im "état de concubinage, impliquant, à défaut de communauté de vie, des relations stables et continues"[5] zur Zeit der Empfängnis gelebt hat.

---

1) Zur Vorgeschichte des Art. 340 c.c. i.d.F. von 1912 siehe Baumann, 143; Savatier, 177 ff.

2) García Cantero, 172; Madlener, 92 m.w.N.; Planiol-Ripert-Boulanger, 707.

3) Ferid II, 1318 f.; Rodière, 60 f.; Colin-Capitant, 821 m.w.N.

4) Das französische Unehelichenrecht, 93; anders noch Baumann, 144.

5) Tomforde-Diefenbach-Webler, Frankreich: 4; Klingelhöfer, RabelsZ 36 (1972) 719; Mezger, FamRZ 1972, 75 f.

b) Ergebnis

Ein Vergleich mit dem código civil zeigt, daß dieser, obwohl unmittelbar auf die Neuregelung des Art. 340 code civil von 1912 folgend, die französische Lösung nicht übernommen hat[1], vielmehr nahm Art. 363 I des brasilianischen Zivilgesetzbuches das Resultat der späteren französischen Entwicklung um Jahrzehnte vorweg, indem auf die Offenkundigkeit des Konkubinates als einer Voraussetzung der Klage verzichtet wurde. Dessenungeachtet beeinflußte das französische Gesetz mit seinem Merkmal des concubinage notoire die brasilianische Diskussion um die Interpretation des in Art. 363 I código civil enthaltenen Tatbestandsmerkmals "concubinato"[2]. Die in der brasilianischen Jurisprudenz auch im Zusammenhang mit dem Problem der Vaterschaftsfeststellungsklage spürbare Ausrichtung an französischen Quellen dürfte aber nunmehr der Auffassung, die auf das Zusammenleben der Konkumbenten more uxorio verzichtet hat und deshalb das Merkmal der Offenkundigkeit allenfalls noch im Hinblick auf die Geschlechtsbeziehungen untersucht, endgültig den Vorzug gegenüber der Meinung sichern, die noch in Anlehnung an die frühere Aussage des Art. 340 code civil a.F. die notoriété der eheähnlichen Lebensgemeinschaft forderte[3].

4) Elterliche Gewalt und Sorgerecht

Die Regelung der elterlichen Gewalt und des Sorgerechts ist zwar für die aus Konkubinaten stammenden Kinder nicht speziell vorgesehen, sie ergibt sich jedoch aus den Vorschriften, die sich mit der elterlichen Gewalt und dem Sorgerecht gegenüber nichtehelichen Kindern beschäftigen.

---

1) de Bulhões Carvalho, Rev. Trib. 216, 19.

2) Vgl. z.B. Franceschini-de Salles Oliveira III, 1624 f., 1643 f.; de Moura Bittencourt 1975, 323, 326 ff.; da Silva Pereira, Instituições, 190 f.

3) Z.B. TJRGdS Urt. v. 9.6.1949, Franceschini-de Salles Oliveira III, 1632 f.

Die ledige Mutter des nichtehelichen Kindes übt gem. Art. 383 c.c. i.V.m. Art. 360 c.c. die elterliche Gewalt (pátrio poder) aus, und ihr steht auch das Sorgerecht für die nichtehelichen Kinder zu. Diese rechtliche Stellung ändert sich auch dann nicht, wenn die Vaterschaftsanerkennung später erfolgt[1]. In Änderung des Art. 360 c.c., dem zufolge das anerkannte Kind der Gewalt desjenigen Elternteils untersteht, der es anerkannt hat, und wenn beide es anerkannt haben, der väterlichen, statuierte Art. 16 des Familienschutzgesetzes Nr. 3.200 vom 19.4.1941, geändert durch Art. 1 des Dekret-Gesetzes Nr. 5.213 vom 21.1.1943, daß die Gewalt nur beim Vater bleibt, soweit nicht der Richter im Interesse des Kindes etwas anderes bestimmt[2]. Damit wurde die Zuständigkeit der nichtehelichen Eltern einem gerichtlichen Prüfungsvorbehalt unterworfen, der im Falle ehelicher Kindschaft nicht besteht. Er beruht auf der Einsicht, daß es das Kindeswohl meistens gebiete, die Bindung des Kindes an die Mutter ungeachtet einer etwaigen späteren Anerkennung seitens des Vaters, durch Aufrechterhaltung der bis zu diesem Zeitpunkt bestehenden Situation, abzusichern[3]. Die jüngste Änderung des Familienschutzgesetzes durch das Gesetz Nr. 5.582 vom 16.6.1970 regelt nunmehr in Weiterführung dieses Gedankens, daß die elterliche Gewalt bei der Mutter bleibt (sog. Maternitätsprinzip), sofern dem Kind aus dieser Lösung kein Nachteil erwächst[4].

Heiratet die Konkubine, so behält sie die Rechte[5] hinsichtlich der eigenen Kinder, es sei denn, sie ehelicht den Konkumbenten. In diesem Fall tritt die Legitimation der gemeinsamen Kinder von Gesetzes wegen nach Art. 353 i.V.m. Art. 229 c.c. ein, mit der Folge, daß die in den Art. 379 ff. c.c.

---

1) de Moura Bittencourt 1975, 456.

2) Vgl. auch die deutsche Übersetzung bei Bergmann, 33 N 1, 34 N 1.

3) de Moura Bittencourt IV, 44.

4) de Barros Monteiro, 232 f.; de Moura Bittencourt 1975, 456 f.

5) Die elterliche Gewalt umfaßt die Personensorge, Art. 384 c.c. und die Vermögenssorge, Art. 385 ff. c.c.

enthaltenen allgemeinen Regeln über die elterliche Gewalt eingreifen[1].

a) Frankreich

Auch in Frankreich galt lange Zeit eine gesetzliche Regelung der elterlichen Gewalt und des Sorgerechts (damals noch puissance paternelle genannt), die hinsichtlich der nichtehelichen Kinder eine Art "Verteilungsautomatik" aufwies, der zufolge der zuerst anerkennende Elternteil die Sorge- und Vertretungsbefugnis in Personensachen und generell auch die Vermögenssorge (administration légale) erhielt. Bei gleichzeitiger Anerkennung erwarb der Vater die puissance paternelle (sog. Paternitätsprinzip)[2]. Aufgrund des Gesetzes Nr. 70-459 vom 4.6.1970 wurde Art. 374 c.c. umformuliert. An Stelle des Begriffs der puissance paternelle trat der neue Ausdruck autorité parentale. Gemäß Art. 374 II c.c.

---

1) Vgl. deutsche Übersetzung der zitierten Normen bei Bergmann, 24, 31, 34 f. Die von Dias, 252, formulierte Gegenansicht, wonach die Mutter im Falle der Heirat mit einem Dritten die elterliche Gewalt verliere, kann nicht überzeugen, denn sie würde bedeuten, daß eine dem Kind möglicherweise fremde Person in die Rechtsstellung der Mutter träte. Einen vergleichbaren Fall hat das Gesetz in Art. 393 c.c. geregelt. Danach verliert die vormals verheiratete Mutter (praktisch kommt nur die Witwe in Betracht) die elterliche Gewalt über ihre aus vorheriger Ehe stammenden Kinder auch nach zweiter Heirat nicht. Es heißt dabei ausdrücklich, daß sie die elterliche Gewalt "ohne jegliche Einmischung des Ehemannes" ausübt. Die Gegenansicht von Dias war vor der Änderung des Art. 393 c.c. durch das Gleichberechtigungsgesetz Nr. 4.121 vom 27.8.1962 vertretbar, vgl. TASP Urt. v. 20.7.1944, Rev. Trib. 152, 162 ff.; TJDF Urt. v. 9.7. 1957, Rev. Trib. 300, 659 ff.; TJSP Urt. v. 1.9.1961, Rev. Trib. 321, 232 f.; Bevilaqua 1933, 379. Art. 393 c.c. a.F. besagte im Gegensatz zur heutigen Regelung, daß die Mutter mit Eingehung der zweiten Ehe die elterliche Gewalt verliere. Diese recht schematisch anmutende Lösung leitete sich aus der damaligen rechtlichen Stellung der verheirateten Frau ab, die aufgrund des Art. 6 II c.c. a.F. als nur beschränkt geschäftsfähig galt. Mit der Reform vom 27.8. 1962 entfielen die Voraussetzungen für einen Verlust der elterlichen Gewalt durch die Mutter bei Erst- oder Wiederheirat. Wie hier im Ergebnis auch de Moura Bittencourt 1975, 457 ff., der eine Analogie zu Art. 393 c.c. zugunsten der ledigen Mutter, die erstmals heiratet, ablehnt, eine eigenständige Begründung für das von ihm vertretene Ergebnis jedoch nicht gibt, vgl. auch de Moura Bittencourt IV, 55 ff.

2) Planiol-Ripert-Boulanger, 906 f.; Ferid II, 1323 ff.; Schöps, 232 f.

n.F. erhält nunmehr die Mutter die uneingeschränkte elterliche Autorität, jedoch kann das Gericht auf Antrag des einen oder anderen Elternteils oder des Vertreters des öffentlichen Interesses (Staatsanwalt) bestimmen, daß die autorité parentale entweder allein vom Vater oder von beiden Eltern nach Maßgabe der für die eheliche Kindschaft geltenden Vorschriften ausgeübt werde. Der Wechsel der für die Bezeichnung der elterlichen Gewalt gebrauchten Begriffe ist also auch inhaltlich von einer grundlegenden Umorientierung begleitet. Beide Änderungen der bisherigen gesetzlichen Regelungen sind als Konsequenzen der Betonung der Gleichberechtigung der Eltern bei der Kindererziehung zu würdigen sowie als Ausdruck des Gedankens, daß die elterliche Gewalt in erster Linie ein Recht auf Fürsorge für das Kind und erst in zweiter Linie ein subjektives Recht der Eltern auf Bestimmung über das Kind darstellt[1].

b) Ergebnis

Der französische und der brasilianische Gesetzgeber haben fast zur selben Zeit umgeschwenkt und das bis dahin beiden Rechtsordnungen gemeinsame Prinzip der Ausübung der elterlichen Gewalt durch den Vater im Falle gleichzeitiger Anerkennung durch die nichtehelichen Eltern aufgegeben. Durch die Schaffung einer staatlichen Entscheidungsbefugnis hinsichtlich einer vom gesetzlichen Regelfall abweichenden Zuordnung der mütterlicherseits ausgeübten elterlichen Gewalt wurde in beiden Gesetzen eine flexible Lösung vorgesehen, die auf der Erkenntnis beruht, daß Personen- und Vermögenssorge für das Kind am Kindeswohl ausgerichtet sein müssen, so daß im Einzelfall die etwa erkennbare bessere Eignung des Vaters berücksichtigt werden kann.

---

1) Tomforde-Diefenbach-Webler, Frankreich: 2, 8 f.; Schöps, 244 f.

5) Konkubinat und Mietrecht

Eine rechtliche Absicherung erfährt die Konkubine im brasilianischen Mietrecht. Das Gesetz Nr. 4.494 vom 25.11.1964 setzte der langjährigen Diskussion in Rechtsprechung und Lehre[1] ein Ende und bestimmt in Art. 9 nunmehr, daß nach dem Tode des Mieters der überlebende Ehegatte und, nacheinander, die gesetzlichen Erben und die vom Mieter wirtschaftlich abhängigen Personen, die in der Wohnung leben, ein Recht auf Fortsetzung des Mietverhältnisses auf unbestimmte oder bestimmte Zeit haben. Das Gesetz spricht zwar nicht von der Konkubine, doch besteht Einmütigkeit darin, daß hauptsächlich die Lebensgefährtin des Mieters als wirtschaftlich abhängige Person in Frage kommt.

Der brasilianische Gesetzgeber hat sich jedoch gescheut, der Konkubine ein Recht auf Verbleib in der Mietsache generell zu gewähren. Er hat sich daher für das in Art. 9 festgelegte Rangverhältnis entschieden, dem zufolge die Konkubine nur subsidiär in Betracht kommt und dies auch nur dann, wenn sie aus sozialen Gründen schützenswert ist, also im Falle einer Räumung ohne Obdach bliebe.

Die Formulierung des Art. 9 ist nicht eindeutig. Der Wortlaut der Norm läßt nicht erkennen, ob die aufgeführten Personen in der Wohnung des verstorbenen Mieters gelebt haben müssen, um das Mietverhältnis fortsetzen zu können. Die Norm wird aber so zu verstehen sein, daß die Anspruchsberechtigten vorher im Haus des Verstorbenen gewohnt haben müssen, da andernfalls nicht zu rechtfertigende Nachteile für jene Personen entstehen würden, die vom "Rangvorderen" aus ihrer bisherigen Wohnung vertrieben würden[2]. Hierbei ist insbeson-

---

1) Die rechtliche Situation der Konkubine war unmittelbar davor günstiger, da Art. 10 des vorausgehenden Gesetzes Nr. 3.912 vom 3.7.1962 keine Rangfolge vorsah. Davor galt das Gesetz Nr. 1.300 vom 28.12.1950, das nur den überlebenden Ehegatten und die gesetzlichen Erben berücksichtigte (Art. 13), was zu feinsinnigen Interpretationen führte, die unter den unmißverständlichen Begriff "cônjuge" (=Ehegatte) auch die Konkubine subsumieren wollten, vgl. de Moura Bittencourt 1975, 304 ff.; Dias, 137.

2) Chaves, 55.

dere an den möglichen Konflikt zwischen der legitimen Ehefrau und der Lebensgefährtin des Ehemannes zu denken. Es fällt auf, daß das Gesetz nicht danach fragt, ob die Verbindung zwischen dem verstorbenen Mieter und der von ihm wirtschaftlich abhängigen Person ehebrecherisch war oder ob zwischen den Beteiligten sonstige Ehehindernisse bestanden. Hier sind also keine besonderen Merkmale für das Konkubinat aufgestellt, mit Ausnahme des Wohnens unter demselben Dach und der - für die Konkubinatsdefinition nicht relevanten - wirtschaftlichen Abhängigkeit der Gefährtin vom Konkumbenten. Diese relativ weite Fassung der Vorschrift kann jedoch keine Konflikte zwischen der rechtmäßigen Ehefrau und der Konkubine hervorrufen, weil die Fortsetzung des Mietverhältnisses nur für diejenigen Personen in Frage kommt, die bereits in der Wohnung gelebt haben. Es kann also nicht vorkommen, daß die Ehefrau, die bis zum Tode ihres Ehemannes woanders gewohnt hat, nun plötzlich in die Lebenssphäre der Konkubine eindringt und sie aus dem bisherigen Domizil vertreibt. Dagegen sind Spannungen zwischen den ehelichen Kindern des Verstorbenen und der Konkubine möglich, wenn sie alle zusammenlebten, weil jene als gesetzliche Erben die Gefährtin aus der bislang gemeinsam bewohnten Mietwohnung verdrängen können.

a) Frankreich

In Frankreich hat eine Person, die seit mindestens sechs Monaten mit dem Mieter zusammengewohnt hat, bevor dieser starb oder das Domizil verließ, nach Art. 5 des Gesetzes Nr. 48-1360 vom 1.9.1948 ein Recht auf Fortsetzung des Mietverhältnisses, wenn sie von ihm wirtschaftlich abhängig war (personnes membres de sa famille ou à sa charge, qui vivaient habituellement avec lui depuis plus de six mois)[1]. Obwohl er sich einer umschreibenden Formulierung

1) Den Aspekt der wirtschaftlichen Bedürftigkeit heben hervor: Aubry-Rau-Esmein, 382, mit Rechtsprechungsnachweisen; Marty-Raynaud, 893. Zu eng daher Ferid II, 4 B 64, der nur die Eigenschaft der Konkubine als Haushaltsangehörige anführt.

(personnes à charge) bediente, zielte der französische Gesetzgeber in erster Linie auf die Berücksichtigung der zahlenmäßig nicht unbedeutenden Gruppe der Konkubinen[1].

Das Gesetz hat seine Vorläufer in der Zeit des Ersten Weltkrieges und der wirtschaftlich instabilen Periode danach, als der Staat die sozialen Probleme jener Frauen zu lösen hatte, deren Gefährten gefallen oder in Gefangenschaft geraten waren oder die auf andere Weise allein und ohne ausreichende Mittel zurückblieben[2]. Auch zu Beginn des Zweiten Weltkrieges wurde der Not dieser Personengruppe Rechnung getragen, indem man die Möglichkeit der Mietzinsherabsetzung im Falle einer kriegsbedingten und erheblichen Einkommensminderung gesetzlich schuf[3].

b) Ergebnis

Der wesentliche Unterschied zur brasilianischen Gesetzgebung, die im Mietrecht auch an das Bestehen eines wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnisses anknüpft, besteht darin, daß in Frankreich versucht wurde, das Konkubinat von einer liaison durch Aufstellung eines zeitlichen Maßstabes zu unterscheiden. Das Erfordernis sechsmonatigen Zusammenlebens besteht in diesem Zusammenhang nach brasilianischem Recht nicht. Zudem sah sich die französische Legislative - im Gegensatz zur brasilianischen - stets nur in besonderen Ausnahmesituationen veranlaßt, im Mietrecht zugunsten der Konkubine einzugreifen. Die beiden Weltkriege, in deren Folge die soziale Not der ohne Ernährer gebliebenen und allein auf sich gestellten Frauen gelindert werden mußte,

---

1) Chevrot-Pettiti, 11; Planiol-Ripert-Boulanger, 454; Mazeaud-Mazeaud, 712; Esmein, Rev. trim civ. 1935, 766; Marty-Raynaud, 893 m.w.N.; Aubry-Rau-Esmein, 382; Stückradt, 102 f.; Weill, 352; vgl. auch die Daten oben auf S. 122 ff., ferner S. 135 ff.

2) Gesetz vom 9.3.1918 (Art. 20); Gesetz vom 1.4.1926 (Art. 3 § 1); vgl. dazu Esmein, Rev. trim. civ. 1935, 766; Chevrot-Pettiti, 10.

3) Dekret-Gesetz vom 26.9.1939 (Art. 9 III), vgl. Rodière, 74.

sind Ausnahmesituationen. Esmein[1] weist auf den Charakter der aus den besonderen historischen Anlässen geschaffenen Gesetze hin und bezeichnet die Reglementierung der union libre als "essentiellement opportuniste". Die bereits geschilderten sozialen Verhältnisse in Brasilien[2] resultieren dagegen nicht aus kriegerischen Erschütterungen der Staats- und Gesellschaftsstruktur. Sie sind vielmehr als Ergebnis einer sozio-ökonomischen Dauerkrise zu bewerten, so daß man die brasilianische Gesetzgebung zum Schutze der Konkubine nicht als "kurzfristige Therapie" zur Wiederherstellung des ausnahmsweise gestörten Gemeinwohls, wie seinerzeit in Frankreich, betrachten kann.

6) Konkubinat und Sozialrecht

a) Ansprüche der Konkubine im Recht der Arbeitsunfall-Versicherung

Auf dem Gebiet der Arbeitsunfall- und Sozialrentenversicherung ist der Schutz der Konkubine durch eine Gesetzgebung, deren damalige Kühnheit von der Rechtsprechung nicht nur nachvollzogen, sondern übertroffen wurde, so weit gediehen, daß Stimmen laut wurden, die zweifelten, ob das Konkubinat nicht letzten Endes doch der Ehe gleichgestellt werde[3].

Das erste Arbeitsunfall-Gesetz Nr. 3.724 vom 15.1.1919 sah in Art. 7 § 3 vor, daß bei Fehlen eines Ehegatten oder, wenn dieser schuldig geschieden (gemeint war allerdings die Trennung), oder aber freiwillig getrennt lebte und bei Fehlen gesetzlicher Erben, jene Person die Entschädigung wegen des Unfalltodes des Versicherten zu erhalten habe, die von ihm Unterhalt bezog. Der Entschädigungsbetrag wurde in diesem Fall auf ein Jahresgehalt pauschaliert.

---

1) Le problème de l'union libre, Rev. trim. civ. 1935, 766 f.: "Elle aura un peu les caractères de la législation temporaire...en ce sens qu'elle donnera seulement une solution aux problèmes qui se posent avec acuité."

2) Siehe dazu oben S. 124 ff.

3) de Azevedo, 40 N 38; de Barros Monteiro, 17.

Mit dem Gesetz wurden die Weichen gestellt für eine konkubinatsfreundliche Rechtsprechung, welche die Konkubine als jene Person betrachtete, für deren Unterhalt der Versicherte gesorgt hatte[1]. Der Wortlaut der Vorschrift ließ diese Interpretation zu.

Die Praxis der Gerichte fand im darauffolgenden Arbeitsunfall-Gesetz, Dekret Nr. 24.637 vom 10.7.1934, Beachtung. Dessen Art. 20 § 4 verkündete die Gleichbehandlung von Ehefrau und Gefährtin (companheira), wenn diese vom Versicherten unterhalten wurde und in dessen Arbeitsausweis (carteira profissional) eingetragen war. Der Gesetzgeber gab also die vorher geübte Zurückhaltung bei der namentlichen Bezeichnung der Konkubine auf und ersetzte die zuvor verwendete Umschreibung, die sich des Merkmals der Unterhaltsbedürftigkeit der "Person" bediente, durch den konkreteren Begriff "Gefährtin".

Das nächste Gesetz, Dekret-Gesetz Nr. 7.036 vom 10.11.1944, griff in seinem Art. 21, einziger Paragraph, diese Formulierung nicht nur auf, sondern erleichterte die formalen Voraussetzungen zugunsten der Konkubine, indem es die Bestimmung als Begünstigte auch in anderer Weise zuließ, etwa durch Eintragung im Angestelltenverzeichnis (registro de empregados) oder durch jede andere förmliche Willenskundgebung (ou por qualquer outro ato solene de manifestação da vontade).

Wie schon in der Folge des ersten Gesetzes von 1919, war es wieder die Justiz, die das Positivierte als Sprungbrett für weiterreichende Rechtsfindung benutzte. Schon vor dem Gesetz von 1944 hatte die höchstrichterliche Rechtsprechung das Eintragungserfordernis hinsichtlich der Konkubine durch die Anerkennung anderer Beweise ersetzt[2]. Diese "Anpassung

---

1) Vgl. die Beispiele bei de Sá Pereira, Decisões e julgados, 120; de Bulhões Carvalho, Rev. Trib. 216, 25.

2) STF Urt. v. 17.7.1941, Rev. Forense 89, 100 ff.; Urt. v. 15.12.1942, Rev. Forense 95, 318 ff., mit Anmerkung von Aguiar Dias; CADF Urt. v. 23.11. 1936, Arch. Jud. 42, 47 f.; Urt. v. 3.8.1937, Rev. Dir. 126, 415 ff.; TARGdS Urt. v. 8.1.1941, Rev. Forense 86, 649; Urt. v. 2.9.1942, Rev. Forense 93, 111 f.; TASP Urt. v. 11.9.1939, Rev. Trib. 123, 135 ff.; Ph. Azevedo, 241 ff.

an die Realität"[1] wurde der Billigkeit wegen vorgenommen, weil man verhindern wollte, daß die Gefährtin durch Versäumnis, Unaufgeklärtheit oder schlichte Schreibunkenntnis des Versicherten um ihre Ansprüche gebracht würde[2]. Damit wurde ein Schritt hin zur Gleichsetzung von Konkubine und Ehefrau vollzogen. Der verbleibende Unterschied bestand im Erfordernis des Unterhaltsnachweises, den die Ehefrau nicht zu erbringen hatte.

Den möglichen Konflikt zwischen der Ehefrau und der Gefährtin löst Art. 21 des Gesetzes Nr. 7.036 vom 10.11.1944 nur dann zugunsten der letzteren, wenn die Ehefrau keinen Anspruch auf Unterhalt hatte, also wenn die Eheleute gerichtlich getrennt lebten und der Mann keine Unterhaltspflichten ihr gegenüber zu erfüllen hatte oder wenn die Unterhaltspflicht aufgrund Art. 234 c.c. wegen ungerechtfertigten Verlassens der ehelichen Wohnung durch die Frau und ihrer Weigerung zurückzukehren, erloschen war[3].

Das Gesetz Nr. 7.036 vom 10.11.1944 gilt heute nur noch für jene Arbeitnehmer, die nicht von dem Gesetz Nr. 3.807 vom 26.8.1960, geändert durch Dekret-Gesetz Nr. 66 vom 21.11. 1966, der sogenannten Lei Orgânica da Previdência Social, erfaßt sind. Per Gesetz Nr. 5.316 vom 14.9.1967 wurde die Arbeitsunfall-Versicherung in das allgemeine staatliche Fürsorgesystem integriert, das die Lei Orgânica da Previdência Social errichtet hat. Für die Mehrheit der Arbeitnehmer sowie für deren Angehörige gilt deswegen heute die Rangordnung der Anspruchsberechtigten, die das Gesetz Nr. 5.890 vom 8.6.1973, Art. 1, in Änderung der Lei Orgânica gem. Art. 11 aufgestellt hat[4]. Danach rangieren an bevor-

---

1) de Bulhões Carvalho, Rev. Trib. 216, 25.

2) STF Urt. v. 3.1.1957, Diário da Justiça, 2.331 f.

3) STF Urt. v. 29.12.1953, Arch. Jud. 113, 301 ff.; Urt. v. 27.4.1950, Rev. Forense 140, 152 f.; Russomano, 152.

4) Die seit 1960 mehrfach modifizierte Materie wurde zuletzt per Dekret Nr. 77.077 vom 24.1.1976 (Consolidação das Leis da Previdência Social = CLPS) bereinigt. Art. 11 des Gesetzes Nr. 3.807 vom 26.8. 1960 und Art. 13 des Dekretes Nr. 72.771 vom 6.9.1973 (Regulamento do Regime da Previdência Social = RRPS) entsprechen Art. 13 CLPS.

zugter Stelle die Ehefrau, der invalide Ehemann, die Gefährtin, die für mehr als fünf Jahre vom Versicherten unterhalten wurde, alle Söhne unter achtzehn Jahren oder die invalide sind sowie alle ledigen Töchter unter einundzwanzig Jahren oder die invalide sind[1].

Die neuste Regelung der Materie, die durch das Dekret Nr. 77.077 vom 24.1.1976 (Consolidação das Leis da Previdência Social, abgekürzt: CLPS) bereinigt wurde, sieht heute statt der ehemals zu beweisenden wirtschaftlichen Abhängigkeit der Gefährtin vom Versicherten nach Art. 17 des Gesetzes Nr. 72.771 vom 6.9.1973 (Regulamento do Regime da Previdência Social, abgekürzt: RRPS), eine entsprechende Vermutung in Art. 15 CLPS vor und stellt damit einen weiteren Schritt auf dem Wege zur Gleichstellung von Gefährtin und Ehefrau, deren wirtschaftliche Abhängigkeit vom Mann stets vermutet wird, dar[2].

Die vermutete wirtschaftliche Abhängigkeit vom Versicherten braucht jedoch nicht vollständig zu sein. So ist bereits im Jahre 1966 durch Ministerialerlaß[3] bestimmt worden, daß die wirtschaftliche Abhängigkeit keine vollständige, sondern nur eine wesentliche Unterstützung der Frau durch den Versicherten voraussetze, die allerdings dauerhaft und notwendig sein müsse[4]. Heute bestimmt Art. 14 CLPS, daß die wirtschaftliche

---

1) Bemerkenswert ist, daß alle Kinder (de qualquer condição), also auch jene aus ehebrecherischen und inzestuösen Verbindungen, erfaßt sind.

2) Diese gesetzliche Modifikation ist verfassungsrechtlich nicht unbedenklich. Eine Gesetzesbereinigung (consolidação), die der Exekutive gem. Art. 81 III der Bundesverfassung zusteht, läßt eine materielle Korrektur nicht zu. In der an den Präsidenten der Republik gerichteten Dekretvorlage zum CLPS versicherte der federführende Sozialminister Nascimento e Silva wiederholt, die materiellen Vorschriften (matéria legal substantiva) seien nicht geändert worden, Nascimento e Silva, 4 ff. Es ist jedoch zweifelhaft, ob die Aufstellung einer gesetzlichen Vermutung, wie hier zugunsten der Gefährtin, in Abweichung von der bisherigen Regelung, nur eine formelle und keine materielle Änderung darstellt.

3) Nr. 214 vom 28.3.1966, Art. 1 c.

4) Diário Oficial vom 11.4.1966, 3.750.

Abhängigkeit nicht eine ausschließliche sein muß (dependência econômica, mesmo não exclusiva).

Die Erfüllung der Voraussetzung mehr als fünfjährigen Zusammenlebens ist zwar noch zu beweisen, doch sind damit keine besonderen Schwierigkeiten verbunden. Nach Art. 14 § 1 CLPS genügen: ein gemeinsames Domizil, ein gemeinschaftliches Bankkonto, gegenseitig erteilte Vollmachten oder Bürgschaften, offenkundig bestehende häusliche Pflichten, Verzeichnisse von Vereinigungen aller Art, in denen die Gefährtin als Abhängige (dependente) geführt wird oder sonstige Nachweise, die als "Grundlage für eine Überzeugung" (capaz de constituir elemento de convicção) dienen können.

Wenn gemeinsame Kinder des Versicherten und der Gefährtin vorhanden sind, entfällt sowohl das Erfordernis mehr als fünfjährigen Zusammenlebens als auch die Notwendigkeit, daß er sie als Begünstigte der Versicherung bestimmen muß.

Zugunsten der Konkubine, die mit dem unverheirateten Versicherten allerdings religiös getraut wurde, gilt die Vermutung der wirtschaftlichen Abhängigkeit gem. Art. 15 CLPS. Zudem wird ihre Bestimmung als Begünstigte nach Art. 13 § 4 CLPS fingiert. Schließlich verzichtet das Gesetz auf das Erfordernis des mehr als fünfjährigen Zusammenlebens und bevorzugt somit die aufgrund religiöser Trauung mit den Versicherten verbundenen Frauen gegenüber den anderen kinderlosen Gefährtinnen. Damit wird der sozialen Tatsache Rechnung getragen, daß ein Großteil der eheähnlichen Verbindungen aus solchen Beziehungen besteht, die religiös begründet wurden[1] und deren sittliche und gesellschaftliche Respektabilität allgemein anerkannt ist.

---

1) Siehe dazu oben S. 132 f.

aa) Konkurrenz von Ehefrau und Konkubine

Die Gefährtin teilte sich gem. Art. 20 II RRPS den Rang mit den minderjährigen Kindern des Versicherten, wenn dieser nichts anderes bestimmt hatte, sowie mit ihnen und der Ehefrau, wenn diese von ihm gerichtlich oder faktisch getrennt lebte, sofern sie tatsächlich Unterhalt vom Mann bezog (percebendo pensão alimentícia). Demgegenüber bestimmte Art. 23 II, III RRPS, daß die Ehefrau als Angehörige im Sinne des Gesetzes und damit als Anspruchsberechtigte ausschied, wenn ihr aufgrund der gerichtlichen Trennung kein Unterhaltsanspruch zustand oder wenn die Ehe aufgelöst wurde. Sie wurde gleichfalls als Berechtigte ausgeschlossen, wenn sie den Mann für mehr als fünf Jahre verlassen hatte oder wenn sie - selbst für eine kürzere Periode - die eheliche Wohnung ohne rechtfertigenden Grund verlassen und sich geweigert hatte zurückzukehren (Art. 234 c.c.)[1], sofern diese Sachverhalte gerichtlich festgestellt wurden. Art. 20 II RRPS erlaubte also von seinem Wortlaut her, die Ehefrau zu berücksichtigen, auch wenn sie keinen Rechtsanspruch auf Unterhalt hatte.

Das folgende Gesetz CLPS hat die Rangteilung gem. Art. 20 II RRPS nicht ausdrücklich übernommen. Die Regelung der Konkurrenz zwischen den Ansprüchen von Ehefrau und Gefährtin fehlt in der bereinigten Materie. Es findet sich nur die Regelung, daß die gerichtlich getrennte Ehefrau, die kein Recht auf Unterhalt hat oder die freiwillig für mehr als fünf Jahre oder ohne rechtfertigenden Grund für geringere Zeit die eheliche Wohnung verlassen hat und sich weigert zurückzukehren - sofern diese Situation gerichtlich festgestellt wurde -, als Anspruchsberechtigte ausscheidet, Art. 16 CLPS. Nach Art. 21 CLPS wird die Eintragung der Ehefrau als Begünstigte gelöscht, wenn die Urkunde über den desquite ergibt, daß kein Unterhaltsanspruch gesichert wurde oder wenn durch ein Gerichtsurteil die Situation im Sinne von Art. 16 CLPS festgestellt wurde. Aus dem Schweigen

---

1) Siehe dazu auch oben S. 30 f.

des Gesetzes zu einer Rangteilungsregelung ist aber nicht zu folgern, daß die Konkurrenz der Ansprüche von Ehefrau und Gefährtin nunmehr abweichend vom früheren Art. 20 II RRPS gelöst wird, da das CLPS im Wege der Gesetzesbereinigung keine materiellen Änderungen zu Lasten der bisher Anspruchsberechtigten enthalten kann[1]. Demzufolge besteht die Regelung im Sinne von Art. 20 II RRPS auch unter der Geltung des CLPS noch fort[2].

bb) Auswirkungen des Unterhaltsverzichtes der Ehefrau auf die Konkurrenz der Ansprüche

Sowohl das Arbeitsunfall-Gesetz Nr. 7.036 vom 10.11.1944 als auch die spätere Lei da Previdência Social enthalten keine Antwort auf die Frage, ob die Ehefrau als Anspruchsberechtigte in Betracht kommt, wenn sie beim desquite auf Unterhaltsleistungen verzichtet hat, später aber doch Unterhaltsforderungen gegenüber dem Mann geltend macht.

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist ein Unterhaltsverzicht nicht wirksam[3]. Daraus folgt, daß die Ehefrau im Sinne von Art. 16 und 21 CLPS ihre Stellung als Anspruchsberechtigte nur dann verlieren kann, wenn sie keinen Rechtsanspruch auf Unterhalt hat, also unter anderem dann, wenn sie das Verschulden am desquite trifft[4]. Demnach bleibt sie hinsichtlich der Versicherungsleistungen anspruchsberechtigt, wenn sie den Mann von Unterhaltsleistungen freistellt, indem sie auf die Ausübung ihres Rechts auf Unterhalt verzichtet, denn der Ausübungsverzicht berührt den Bestand des Rechts nicht[5].

---

1) Vgl. Art. 81 III der brasilianischen Bundesverfassung; vgl. auch oben S. 172 N 2.

2) Soweit ersichtlich, wurde dieses Problem bisher nirgends behandelt.

3) Siehe dazu oben S. 29 ff.

4) Siehe dazu oben S. 49.

5) STF Urt. v. 7.5.1974, Rev. Forense 256, 218; TFR Urt. v. 23.2.1973, Diário da Justiça, 6.141.

Dadurch, daß nach fünf Jahren die Rechtsstellung der Gefährtin bis zur sozialversicherungsrechtlichen Anspruchsberechtigung erstarkt und dies ohne Rücksicht auf die Position der Ehefrau geschieht, die weiterhin anspruchsberechtigt ist, kann nur Rangteilung die Folge sein, wobei die Konkurrenz der Ansprüche die natürliche Konsequenz des Umstandes ist, daß die Ehefrau anspruchsberechtigt bleibt, wenn sie einen Rechtsanspruch auf Unterhalt hat und die Gefährtin anspruchsberechtigt wird, wenn sie tatsächlich unterhalten wurde.

Vertritt man dagegen den Standpunkt, daß der Unterhaltsverzicht grundsätzlich zulässig ist, wie dies manche brasilianischen Untergerichte ungeachtet der Position des Supremo Tribunal Federal tun[1], so ist der Verzicht gleichbedeutend mit dem Verlust des Unterhaltsrechts. Somit greifen die Art. 16 und 21 CLPS ein, denen zufolge die Ehefrau dann ihre Stellung als Anspruchsberechtigte einbüßt[2].

Schwierigkeiten ergeben sich aber dann, wenn man die Möglichkeit der Rückgängigmachung eines einmal ausgesprochenen Unterhaltsverzichtes bejaht[3], weil das Unterhaltsrecht damit wieder ins Leben gerufen wird und der Versicherte unter Umständen dann zwei Frauen unterhält, deren wirtschaftliche Abhängigkeit nach dessen Tod berücksichtigt werden muß. Es kommt darauf an, zu welchem Zeitpunkt die Ehefrau den Unterhaltsverzicht rückgängig machen will. Geschieht das zu seinen Lebzeiten, so handelt es sich um einen Fall der Rangteilung. Wenn dagegen der Unterhaltsverzicht bis zum Versicherungsfall fortbestanden hat, so kommt die Ehefrau als Anspruchsberechtigte nicht in Frage, weil sie eben keinen Rechtsanspruch gegen den Versicherten hatte. Die Versicherungsleistungen sind dann an die Gefährtin allein bezie-

---

1) Siehe dazu oben S. 29 f. N3, 30 N1.

2) Siehe dazu oben S. 174 f. Dias, 217, vertritt, gestützt auf die Auffassung des Arbeitsministeriums im Jahre 1945 sowie auf eine sozialgerichtliche Entscheidung von 1943, daß der Unterhaltsverzicht auch den Verzicht auf die künftigen Sozialversicherungsleistungen einschließe; vgl. auch D.O. vom 15.12.1945, 18.769.

3) Siehe dazu oben S. 29 f. N3, 30 N1, 33 ff.

hungsweise an sie und sonstige gleichermaßen zu berücksichtigende Personen zu erbringen.

Das kann dann zu Härten führen, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der Ehefrau unmittelbar nach dem Versicherungsfall so stark verschlechtern, daß sie noch bei Lebzeiten des Ehemannes aus diesem Grunde ein Recht auf Rückgängigmachung des Verzichtes gehabt haben würde. Die Sozialversicherung ist jedoch nicht Rechtsnachfolgerin des Versicherten[1]. Sie berücksichtigt die wirtschaftliche Abhängigkeit und die Bedürftigkeit der Hinterbliebenen nach dem status vor dem Versicherungsfall[2].

b) Ansprüche der Konkubine im Recht der Sozialversicherung

Im Gegensatz zum Arbeitsunfall-Versicherungsrecht hatte die Sozialversicherungsgesetzgebung in den frühen Kodifizierungen den Einschluß der Konkubine in den Kreis der Anspruchsberechtigten nicht vorgesehen. So enthielt beispielsweise das erste Gesetz, Legislativ-Dekret Nr. 4.682 vom 24.1.1923, das die Pensionskassen der Eisenbahnbeschäftigten regelte, keine Bestimmung, wie sie dem Arbeitsunfall-Versicherungsrecht immerhin schon seit dem Jahre 1919 bekannt war, wonach Personen in wirtschaftlicher Abhängigkeit vom Versicherten als Anspruchsberechtigte hinsichtlich der Versicherungsleistungen berücksichtigt wurden. Drei Jahre später wurde die Materie durch das Legislativ-Dekret Nr. 5.109 vom 20.12.1926 zwar geändert und die Anspruchsberechtigung auch auf die "Personen in wirtschaftlicher Abhängigkeit" vom Versicherten erstreckt, doch verstand man darunter nur die unterhaltsbedürftigen Familienangehörigen und schloß auf diese Weise die nicht bedürftigen Angehörigen aus.

---

1) TFR Urt. v. 10.2.1972, Diário da Justiça, 589.

2) Russomano, Comentários, 111 ff.; vgl. TJSC Urt. v. 28.11.1973, Rev. Forense 248, 335 f., in einem ähnlich gelagerten Fall: nach 44-jähriger Trennung und Tod des Versicherten verlangte dessen Ehefrau erfolglos die aus einem besonderen Rentenfonds des Staates Santa Catarina an die Konkubine zahlbare Rente.

Mit der Reform durch Dekret Nr. 20.465 vom 1.10.1931 wurde nicht mehr von der Ehefrau oder Witwe des Versicherten gesprochen, sondern nur noch von der Frau (mulher). Diese neue Formulierung führte dazu, daß der Conselho Nacional de Trabalho, damaliges Berufungsorgan in der Frage der Anerkennung der durch die Sozialversicherung Begünstigten[1], auch die Konkubine unter den Begriff "mulher" subsumierte, obwohl diese Interpretation nach der bisherigen Entwicklung des Sozialrechts nicht geboten war[2]. Doch auch im Sozialversicherungsrecht vollzog sich eine bereits im Arbeitsunfall-Versicherungsrecht zu beobachtende Entwicklung, die eine schrittweise Anerkennung von Konkubinat und Konkubine dadurch erreichte, daß "kleine Breschen" im Gesetz von der Rechtsprechung für weiterreichende Interpretationen ausgenützt wurden, bis dann die folgende Reform den richterrechtlich geschaffenen status quo positivierte. So findet man in den Dekreten Nr. 24.615 vom 9.7.1934 und Nr. 54 vom 12.9.1934, welche die Pensionskassen der Bankangestellten regelten, daß bei Fehlen von gesetzlichen Erben jene Person als bezugsberechtigt gelte, die unter der "ausschließlichen wirtschaftlichen Abhängigkeit" vom Versicherten gelebt hatte.

Eine Neuerung brachte sodann das Dekret-Gesetz Nr. 2.122 vom 9.4.1940, das unter anderem die Sterbeversicherung der kaufmännischen Angestellten schuf. Der Versicherte konnte danach eine von ihm wirtschaftlich abhängige Person als Begünstigte eintragen, wenn er ledig war oder die Ehefrau von ihm getrennt lebte und keinen Unterhaltsanspruch hatte und auch sonst keine unterhaltsbedürftigen Kinder oder eingetragene Eltern oder Geschwister existierten[3]. Auch hier verzichtete die Rechtsprechung in der Folgezeit zugunsten der Gefährtin auf das Erfordernis der Einschreibung als Begün-

---

1) Heute ist das entsprechende Organ der Conselho de Recursos da Previdência Social.

2) de Bulhões Carvalho, Rev. Trib. 216, 25; vgl. auch de Moura Bittencourt 1975, 383.

3) de Bulhões Carvalho, Rev. Trib. 261, 27 f.

stigte oder ließ ihre Einschreibung nach Eintritt des Versicherungsfalles zu, wie das auch im Zusammenhang mit der Arbeitsunfall-Versicherung geschah[1].

Nach mehreren gescheiterten Gesetzesinitiativen gegen Ende der vierziger Jahre, die teils auf technisch begründete, teils auf politische Ablehnung gestoßen waren[2], wurde das Projekt Nr. 2.119 von 1956 in der Fassung vom November 1957 schließlich angenommen und als Gesetz Nr. 3.807 vom 26.8. 1960 im Diário Oficial am 5.9.1960 verkündet (Lei Orgânica da Previdência Social).

Die Stellung der Konkubine nach der Lei Orgânica da Previdência Social und ihr Verhältnis zur legitimen Ehefrau ist bereits im Zusammenhang mit der Unterstützung zum Arbeitsunfall-Versicherungsrecht erläutert worden[3]. Die Konkubine kommt als Abhängige des Versicherten (dependente) nicht nur als Anspruchsberechtigte für die Hinterbliebenenrente gem. Art. 23 II a i.V.m. Art. 55 ff. CLPS in Betracht[4]. Ihr werden auch weitere Leistungen, die von der Lei Orgânica da Previdência Social vorgesehen sind, zuteil. Sie erhält, wenn sie selbst nicht sozialversichert ist, als dependente des Versicherten gem. Art. 23 II b i.V.m. Art. 63 CLPS Unterstützung für die Zeit der Inhaftierung des Versicherten (auxílio-reclusão)[5]. Nach Art. 23 II c i.V.m. Art. 64 CLPS hat sie Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Beerdigung des Versicherten (auxílio-funeral). Ferner sichern Art. 2 II, 23 III a i.V.m. Art. 68 ff. CLPS die medizinische Versorgung (assistência médica); eine Hilfe zur Überwindung

---

1) CNT Entscheidung vom 15.6.1943, Rev. Forense 97, 491 ff.; Ph. Azevedo, 241 m.w.N.; vgl. auch oben S. 170 f. und in jüngster Zeit: STF Urt. v. 2.4.1971, Rev. Trim. Jurpr. 57, 798 ff.; TJSP Urt. v. 12.3.1974, Rev. Forense 256, 218.

2) Überblick bei de Moura Bittencourt 1975, 385 f.; Bd. III, 194 ff.

3) Siehe dazu oben S. 171 ff.

4) Beim Tode eines aus Altersgründen gem. Art. 5 §§ 4, 5 CLPS nicht Versicherungspflichtigen werden der Konkubine als dependente nach Art. 53 CLPS die Versicherungsbeiträge des Verstorbenen gem. Art. 23 I i i.V.m. Art. 51 ff. CLPS (pecúlio) rückerstattet.

5) Siehe dazu auch oben S. 48.

besonderer sozialer Schwierigkeiten, einschließlich Rechtshilfe (assistência complementar), kann gem. Art. 2 II, 23 III b i.V.m. Art. 71 CLPS beansprucht werden.

Schließlich ist der indirekte Vorteil zu nennen, den die Konkubine bei der Geburt ihres Kindes über das dem Versicherten gewährte Entbindungsgeld (auxílio-natalidade) laut Art. 23 I f i.V.m. Art. 44 CLPS erhält.

Die Konkubine im öffentlichen Besoldungs- und Versorgungsrecht

Vom allgemeinen Sozialversorgungssystem, das die Lei da Previdência Social geschaffen hat, ist die soziale Sicherung und Versorgung der öffentlichen Bediensteten (servidores públicos) ausgenommen. Beispielhaft hierfür ist die Rechtsstellung der Bediensteten des Bundes (servidores da União) und ihrer Angehörigen[1]. Nach Art. 3 des Gesetzes Nr. 4.069 vom 11.6.1962 können öffentliche Bedienstete, Angehörige der Streitkräfte und Bedienstete in öffentlich-rechtlichen Unternehmen, die gerichtlich getrennt oder verwitwet sind, die von ihnen seit mindestens fünf Jahren wirtschaftlich abhängigen Personen als Pensionsbegünstigte bestimmen. Das Gesetz verlangt jedoch, daß keine bevorrechtigten Kinder vorhanden sind und daß im Verhältnis zu der Begünstigten ein Ehehindernis besteht. Wenn Kinder vorhanden sind, erhält die Begünstigte lediglich die Hälfte der Pension, Art. 4. Sie ist jedoch ganz ausgeschlossen, wenn der Pensionsberechtigte zur Versorgung der Ehefrau, von der er gerichtlich getrennt ist, verurteilt wurde, Art. 5. Hier zeigt sich, daß der Begriff der "wirtschaftlich abhängigen Person" auf die Konkubine zugeschnitten wurde. Eine Rangteilung zwischen dieser und der Ehefrau, die zuerst auf Unterhalt verzichtet, ihn später aber wieder fordert, ist vom Gesetz nicht vorge-

---

1) Zu nennen sind ferner das Gesetz Nr. 6.017 vom 31.12.1973, das die Versorgung der Gefährtin verstorbener Kongreßabgeordneter regelt, sowie die verschiedenen Gesetze auf einzelstaatlicher Ebene, welche die Versorgung der Konkubinen der öffentlichen Bediensteten vorsehen, vgl. dazu die ausführliche Darstellung bei de Moura Bittencourt III, 272 ff. (speziell zum Staate São Paulo).

sehen.

Allerdings ist die Fassung des Art. 3, der das Bestehen eines Ehehindernisses voraussetzt, nicht ausdrücklich auf den Fall des desquite beschränkt, wenn dieser auch - wie sich aus dem Zusammenspiel mit Art. 5 folgern läßt - in erster Linie vom Gesetzgeber ins Auge gefaßt wurde. Noch klarer kommt der gesetzgeberische Wille in Art. 21 und einziger Paragraph zum Ausdruck, wonach ein unverheirateter, gerichtlich getrennter oder verwitweter Bediensteter Anspruch auf Familienunterstützung (salário família) hat, wenn er mindestens fünf Jahre mit einer unverheirateten, gerichtlich getrennten oder verwitweten Frau zusammengelebt hat und "das Ehehindernis in der Person einer der Parteien fortbesteht". Bemerkenswert ist ferner, daß der Gesetzgeber den Status der Lebensgefährten nach fünfjähriger Dauer der Verbindung demjenigen Verheirateter angleicht und insofern ihr den materiellen Vorteil zuteil werden läßt, auf den in allererster Linie legitime Familien Anspruch haben. Diese Vergünstigung ist jedoch nur dann zu gewähren, wenn der Anspruchsberechtigte keine Unterhaltspflichten gegenüber seiner Ex-Ehefrau zu erfüllen hat, Art. 21, einziger Paragraph. Damit wird deutlich, daß eine Konkurrenz zwischen der legitimen und der illegitimen Familie nicht toleriert wird. Das Gesetz spricht an dieser Stelle deshalb auch nicht davon, daß eine gerichtlich auferlegte Unterhaltsverpflichtung den Anspruch des öffentlichen Bediensteten auf die Familienunterstützung ausschließe, vielmehr genügt es, wenn er überhaupt gegenüber seiner von ihm gerichtlich getrennten Ehefrau aus irgendeinem Grunde zur Leistung von Unterhalt verpflichtet ist.

c) Parallelen zum französischen Sozialrecht

aa) Die Konkubine im Sozialversicherungsrecht

Die Position der selbst nicht sozialversicherten Konkubine war im französischen Sozialversicherungsrecht über lange Jahre hinweg umstritten. Zwar unterstützte die soziale Ge-

setzgebung während und in der Folge der beiden Weltkriege die Konkubine durch speziell auf ihre wirtschaftlichen Bedürfnisse zugeschnittene Gesetze[1], doch blieben Initiativen, die eine Angleichung der Rechtsstellung der Gefährtin an die Position der Ehefrau im Sozialversicherungsrecht anstrebten, in der Zeit zwischen den beiden Weltkriegen erfolglos[2].

Eine Neuerung brachte die Ordonnance vom 19.10.1945. Sie bestimmte, daß das aufgrund der Sterbeversicherung auszuzahlende Kapital (capital-décès) im Versicherungsfall vorzugsweise denjenigen Personen zugute komme, die sich am Todestag "à la charge effective et permanente" des Versicherten befanden, Art. 74. Demgegenüber regelte Art. 73 derselben Ordonnance, daß das Kapital an die "ayants-droit" auszuzahlen sei[3]. Diese Regelung übernahm später der Code de la Sécurité Sociale vom 10.12.1956 in den Art. 360 respektive 364 I. Den Bestimmungen über die Sterbeversicherung ist aber nicht zu entnehmen, in welchem Verhältnis die "ayants-droit" zu den "personnes à charge" stehen und ob die Konkubine einer dieser beiden Kategorien zugeordnet werden kann. Die Beantwortung dieser Frage blieb über lange Zeit hinweg in Rechtsprechung und Literatur ein Problem.

Einige Gerichte folgten der in der Verwaltungspraxis gängigen Auslegung, die Art. 74 der Ordonnance vom 19.10.1945 und später den entsprechenden Art. 364 I code séc. soc. auf die vom Versicherten unterhaltene Konkubine anwendete[4]. Dabei bestand Übereinstimmung, daß die Konkubine nicht schon

---

1) Im Mietrecht, vgl. oben S. 167 f.; bei der Versorgungsgesetzgebung aus Anlaß der beiden Weltkriege, siehe unten S. 185 f.

2) Aubry-Rau-Esmein, 381; Esmein, Rev. trim. civ. 1935, 755.

3) Gaz. Pal., 1945.2.380; Gaz. Pal., 1954.2.240, Note zu Comm. rég. sécur. soc. de Rouen, 18.6.1954; siehe auch Dahan, 93 f.; Marty-Raynaud, 893; Stückradt, 117 f. (der nur die Ordonnance erwähnt).

4) Comm. sécur. soc. de Tarbes, 11.12.1953, Gaz. Pal., 1953.1.83; Comm. rég. sécur. soc. de Paris, 7.10.1954, J.C.P., 1955.IV.39; Rouast-Durand-Dupeyroux, 353; Marty-Raynaud, 893; Dahan, 98; Rouast, Études Ripert, 352 f.; La Femme mariée et la Concubine, 37 f.; Weill, 352; S., 1961, 180, Note.

nach Art. 73 der Ordonnance beziehungsweise nach Art. 360 code séc. soc. als "ayant-droit" gelte, da man stets nur die legitimen Angehörigen unter diesen Begriff subsumierte, also den überlebenden Ehegatten, die Deszendenten und die Aszendenten[1]. Diese Reihenfolge stellt Art. 364 II code séc. soc. auf, der dann eingreift, wenn keine Personen vorhanden sind, die sich auf Art. 364 I code séc. soc. berufen können. Art. 364 II code séc. soc. stellt jedoch klar, daß nur der nicht gerichtlich oder faktisch vom Versicherten getrennt lebende Ehegatte begünstigt wird. Daraus folgt, daß der Konkubine als "personne à charge" gegenüber der legitimen, wenn auch faktisch getrennt lebenden Ehefrau eine bessere Rechtsstellung zuerkannt wurde.

Demgegenüber verwarfen andere Gerichte die Anerkennung der Konkubine als Anspruchsberechtigte[2]. Im Sinne dieser Rechtsprechung setzte die Cour de cassation durch zwei Urteile der uneinheitlichen Praxis ein vorläufiges Ende. Die erste Entscheidung schloß zugunsten der legitimen Kinder des Versicherten die Konkubine als Begünstigte aus, weil die Kinder unter seiner "garde effective" lebten[3]; die zweite, weitaus folgenreichere Entscheidung verkündete, daß die Konkubine in keinem Fall als "ayant-droit" in Betracht komme und daher keinen Anspruch auf die Leistung aus der Sterbeversicherung habe[4]. Daraus folgt, daß die Cour de cassation ein Spannungsverhältnis zwischen Art. 360 und 364 I code séc. soc. verneinte und den Zweck der letztgenannten Norm lediglich darin erblickte, eine Auswahl unter mehreren "ayants-droit" anhand wirtschaftlicher und sozialer Kriterien (charge totale, effective et permanente) zu ermöglichen.

---

1) Doublet, 195.

2) Comm. rég. sécur. soc. de Rouen, 18.6.1954, Gaz. Pal., 1954.2.240; Comm. sécur. soc. de Lyon, 16.12.1954, J.C.P., 1955.8547; 5.7.1955, Gaz. Pal., 1955.2.227.

3) Gaz. Pal., 1956.1.74, mit Note 74 f.; Rouast-Durand-Dupeyroux, 353.

4) Urt. v. 13.1.1961, D., 1961.269; S., 1961, 180.

Die Cour de cassation hat sich in einer Entscheidung der Plenarversammlung[1] später offenbar - wenn auch nicht sehr deutlich - von ihrer bisherigen Rechtsprechung abgewandt[2], indem sie die Bedingung, daß eine nach Art. 364 I code séc. soc. zu berücksichtigende "personne à charge" gleichzeitig ein "ayant-droit" sein müsse, aufgegeben hat[3]. Damit ist der Weg für die Rückkehr der Konkubine in den Kreis der von der Sterbeversicherung Begünstigten wieder freigegeben worden.

Die Betonung des Merkmals der wirtschaftlichen Abhängigkeit, die zu einem Ausschluß der nicht "à la charge effective, totale et permanente" lebenden "ayants-droits" führen kann, schließt zudem nicht aus, die gerichtlich oder faktisch vom Versicherten getrennt lebende Ehefrau - die von Art. 364 II code séc. soc. selbst dann nicht berücksichtigt wird[4], wenn niemand vorhanden ist, dem die Priorität des Art. 364 I code séc. soc. zugute kommt - als Anspruchsberechtigte anzuerkennen, sofern sie vom Versicherten tatsächlich unterhalten wurde. Das bedeutet, daß die jüngste Entwicklung über Art. 364 I code séc. soc. im Ergebnis einer praktischen Ausweitung der Kategorie der "ayants-droits" gleichkommt. Von dieser Lösung profitieren also die Konkubine und die (gerichtlich oder faktisch getrennt lebende) Ehefrau gemeinsam, was sogar zu einer Rangteilung führen muß, wenn beide Frauen zugleich "personnes à charge" waren[5].

---

1) Urt. v. 30.1.1970, D., 1970.221, mit Anmerkung von Lindon und Dupeyroux.

2) Dupeyroux, 432 f.; unzutreffend Lyon-Caen und Ribettes-Tillhet, 133.

3) Die Schwester des Versicherten wurde als Anspruchsberechtigte anerkannt, obgleich sie nicht zur Kategorie der "ayants-droit" zählt.

4) Das gilt bei der séparation de fait selbst dann, wenn der Versicherte die Trennung verursacht hat, Comm. sécur. soc. de Paris, 3.5.1956, 13265, zitiert nach Doublet, 196; Rouast-Durand-Dupeyroux, 623 f.

5) Dupeyroux, 433.

bb) Die Konkubine im Sozialversorgungsrecht

Die französische Gesetzgebung aus Anlaß der beiden Weltkriege hat im Sozialrecht so bedeutende Akzente zugunsten der Versorgung der Konkubine gesetzt, daß die Anerkennung des Konkubinates als Institution berechtigterweise nicht mehr in Zweifel gezogen werden kann. Maßgeblich war bei dieser Entwicklung, deren "Nullpunkt" beim konkubinatsfeindlichen code civil[1] zu finden ist, nicht in erster Linie die Tatsache, daß die normative Kraft der eherechtlichen Postulate Teile der Bevölkerung, insbesondere der mittellosen Schicht, nicht mehr erreichte[2], sondern, daß der Gesetzgeber gleichsam gezwungen wurde, das "soziale Drama der union libre"[3] zur Kenntnis zu nehmen, als zahlreiche Haushalte und "illegitime" Familien durch die plötzliche Kriegsdienstverpflichtung der Ernährer unversorgt blieben.

Aufgrund des Gesetzes vom 5.8.1914 kamen die Konkubinen ebenso wie Ehefrauen in den Genuß der Unterstützungszahlungen für Angehörige der Mobilisierten (allocations militaires)[4]. Bei Ausbruch des Zweiten Weltkrieges wiederholten sich die Verhältnisse, so daß der Gesetzgeber erneut zugunsten der Konkubine eingriff. Aufgrund des Dekret-Gesetzes vom 1.9.1939 wurde eine Person, die mit dem Mobilisierten allein oder zusammen mit weiteren Personen eine Familie bildete, ohne mit ihm "rechtlich verbunden" zu sein (sans lien de droit), als Bezugsberechtigte für die "allocations et majorations" vorgesehen, wenn der Eingezogene für deren wesentlichen Unterhalt gesorgt hatte[5].

Diese aus besonderen historischen Situationen resultierende

---

1) Siehe dazu oben S. 97.

2) Siehe dazu oben S. 135 ff.

3) Savatier, 137.

4) D.P., 1914.IV.79; Aubry-Rau-Esmein, 381; Esmein, Rev. trim. civ. 1935, 766; Marty-Raynaud, 892 f.; Mazeaud-Mazeaud, 712; Planiol-Ripert-Boulanger, 454.

5) D.P., 1939.IV.441; Marty-Raynaud, 892 f.; Stückradt, 117.

Gesetzgebung, die der Konkubine "allocations militaires" zugestand, war entsprechend den Umständen für relativ kurze Zeitabschnitte gedacht. Langfristige Wirkung hat dagegen die erst viel später, unmittelbar nach dem Ende des Indochina-Krieges eingeführte Regelung, daß auch die Konkubinen der für Frankreich Gefallenen eine Hinterbliebenenversorgung beanspruchen können. Das Gesetz Nr. 55-1476 vom 12.11.1955 sieht für diese Frauen, die nun die Bezeichnung "compagnes" erhalten haben, Leistungen vor, die zwar nicht wie die Zahlungen an die Witwen "pensions" genannt werden, sondern "secours" (Hilfen) heißen, die aber in der Höhe übereinstimmen. Das Gesetz erfaßt sowohl die Gefährtinnen der militärischen als auch der zivilen Opfer, die ihr Leben für Frankreich ließen. Die Anerkennung als Anspruchsberechtigte ist an ein dreijähriges Zusammenleben geknüpft. Die Gefährtin kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn eine Witwe oder legitime Kinder nicht vorhanden sind[1].

7) Konkubinat und Steuerrecht

Steuerliche Vergünstigungen für den Unterhalt, den der Besteuerte seiner Konkubine leistet, waren in den frühen Einkommenssteuergesetzen Brasiliens nicht vorgesehen. Dennoch sollen einige Finanzbehörden die Steuervergünstigungen für Verheiratete auch solchen Personen gewährt haben, die den entsprechenden Zivilstatus für sich und ihre Gefährtinnen nicht nachweisen konnten. Man orientierte sich dabei an der modernen Entwicklung im Sozialrecht und übertrug die Tendenzen zur Angleichung von Konkubine und Ehefrau in den Bereich des Steuerrechts[2].

Die neuste Entwicklung ist im Dekret-Gesetz Nr. 1.493 vom

---

1) S., 1957.68 (pensions militaires); Aubry-Rau-Esmein, 380 f.; Mas, 46; Rodière, 61, 74 f., meint, die Bevorzugung der Konkubine eines Gefallenen gegenüber der Gefährtin eines durch einen gewöhnlichen Verkehrsunfall zu Tode Gekommenen liege in der "gloire pour le défunt"; Stückradt, 117.

2) Dias, 292.

7.12.1976, welches die Gesetzgebung zur Einkommensbesteuerung änderte, positiviert worden. Nach Art. 2 kann der Steuerpflichtige jene Person als Abhängige im Sinne der Einkommenssteuer in Ansatz bringen, mit der er seit mindestens fünf Jahren zusammenlebt und die er wegen des gesetzlichen Hindernisses gem. Art. 183 VI c.c.[1] nicht heiraten darf, sofern sie als Begünstigte in Frage kommt[2]. Aus dieser etwas umständlichen Formulierung, wonach der Zivilstatus "desquitado" wenigstens auf einer Seite vorliegen muß, folgt, daß einer der beiden Gefährten noch verheiratet und lediglich faktisch getrennt sein kann.

Aufgrund der früheren Regelung in Art. 82 § 5 und 113 § 1 des Dekretes Nr. 58.400 vom 10.5.1966 wurde immerhin noch verlangt, daß der Steuerpflichtige von der Unterhaltsverpflichtung gegenüber seiner getrennten Ehefrau frei sein müsse, um den Unterhalt für die Konkubine steuerlich in Rechnung bringen zu können[3]. Nach der heutigen Aussage des Gesetzes steht einer Berücksichtigung des sowohl der Ehefrau als auch der Konkubine geleisteten Unterhaltes nichts entgegen[4].

---

1) Zum Ehehindernis der Bigamie siehe oben S. 72 ff.

2) D.O. vom 9.12.1976, 16.039.

3) Rodrigues Silva Filho, 371; vgl. auch de Barros Monteiro, 16.

4) Eine direkte Steuervergünstigung für die Unterhaltsleistungen, die ein Steuerpflichtiger seiner Gefährtin erbringt, ist nach französischem Steuerrecht nicht vorgesehen. Konkumbenten, die "Doppelverdiener" sind, haben jedoch wegen der getrennten Veranlagung steuerliche Vorteile gegenüber Verheirateten mit der gleichen Einkommenssituation, vgl. Gambier, 49 ff.; früher schon Esmein, Rev. trim. civ. 1935, 784.

SCHLUSSBETRACHTUNG

Es wurde im Laufe dieser Arbeit gezeigt, daß die brasilianische Rechtsordnung in vielerlei Beziehung Parallelen zum französischen Rechtssystem aufweist. Die stärkste Annäherung findet sich insbesondere in den ehe- und familienrechtlichen Aussagen der Zivilgesetzbücher zu Beginn dieses Jahrhunderts. So ist die strikte Ablehnung der eheähnlichen Gemeinschaften, deren soziale Existenz in beiden Ländern schon damals bekannt war, dadurch zum Ausdruck gelangt, daß an das Konkubinat nur negative Rechtsfolgen geknüpft wurden[1]. Dort, wo ausnahmsweise das Konkubinat als rechtlich relevante Tatsache zur Kenntnis genommen wurde - im Zusammenhang mit der Vaterschaftsfeststellungsklage - geschah das ausschließlich im Interesse der nichtehelichen Kinder[2].

Ein wesentlicher Unterschied bestand jedoch zwischen dem código civil und dem code civil von Anfang an in der Frage der Scheidung. Brasilien hat bis vor kurzer Zeit am Prinzip der Unauflösbarkeit des ehelichen Bandes festgehalten, während Frankreich in dieser Frage mehrfache Umwälzungen erlebte, als sich Königtum, die Grande Révolution, die Restauration und schließlich die III. Republik ablösten und dabei die jeweiligen Vorstellungen vom Wesen der Ehe und ihrer Auflösbarkeit wechselten[3]. Brasilien entwickelte sich demgegenüber in vergleichsweise ruhigen Bahnen. Diese Evolution ermöglichte es zum Beispiel, daß sich die aus der Zeit des unter Philipp II. vereinigten Königreichs von Spanien und Portugal stammenden Ordenações Filipinas auch nach der Unabhängigkeit Brasiliens vom Mutterland über die ganze Kaiserzeit hinweg und bis in die Anfänge der Republik hinein behaupten und damit auch das Eherecht weitgehend bestimmen konnten. Die katholische Kirche konnte im Laufe mehrerer

---

1) Siehe oben S. 96 f.

2) Siehe oben S. 96, 158 ff.

3) Siehe oben S. 11 ff.

Jahrhunderte - anders als in Frankreich, wo ihr Aufklärung und Revolution entgegenwirkten - ihre Auffassung vom sakramentalen Charakter der Ehe ungehindert verbreiten. Als politischer Machtfaktor konnte sie in Brasilien Tradition und Volksbewußtsein lange Zeit prägen[1]. Auch in der Zeit ihrer größten politischen Schwächung, als sie dem imperialen Staat durch dessen "Umarmung", die sie zur Staatskirche bestimmte, verhaftet war[2], blieb das Scheidungsverbot unbestritten, weil sich in dieser Frage keine Reibungspunkte zum katholischen Kaiserthron ergaben. Die spätere Republik brachte jedoch auch keine Wende, wie sie inzwischen in Frankreich (1884) erneut eingetreten war, weil sich Positivisten und Katholiken in der Verteidigung des Scheidungsverbotes einig waren[3]. Selbst wenn die Unterstützung dieser Allianz in der Bevölkerung des größten katholischen Staates der Erde seinerzeit vorhanden war - unumstritten ist diese Vermutung allerdings nicht[4] - so wurden doch die Vorstellungen jener politischen Kräfte, die sich sowohl im código civil als auch später in den jeweiligen Verfassungen niederschlugen, für große Teile der Bevölkerung immer weniger verbindlich[5].

Die erlahmende normative Kraft des staatlichen Eherechts spiegelt sich in der Häufigkeit jener sozialen Erscheinungen wider, die man mit Konkubinat, "freie Verbindung", "wilde Ehe", eheähnliche Gemeinschaft, "ménage de fait" etc. zu bezeichnen versucht. Ursächlich dafür ist hauptsächlich der ökonomische Faktor. Die ökonomische Bedürftigkeit und der gleichzeitig feststellbare geringe Bildungsgrad, die besonders in Brasilien in weiten Teilen der Bevölkerung festgestellt wurden, bedingen jene "Rechtsferne" gegenüber den Postulaten des Eherechts. Sowohl für Brasilien als auch für

---

1) Siehe oben S. 9, 11 ff., 132 f.

2) Siehe oben S. 14 ff.

3) Siehe oben S. 14.

4) Siehe oben S. 9 ff.

5) Siehe oben S. 130 ff.

Frankreich, auf dessen Verhältnisse sich Théry in seiner Schlußfolgerung aus den statistischen Daten bezieht, gilt also "que la meilleure arme contre l'union libre se trouve dans une politique économique et sociale qui déprolétarise"[1]. Die Anwendung dieser Waffe ist allerdings von politischen und ökonomischen Vorentscheidungen abhängig. Juristisch kommt sie am wirkungsvollsten im Wege der Legislation zur Anwendung, wie das im Sozialrecht beider Länder geschehen ist.

Die Konkubine erfuhr in Frankreich ihre stärkste Protektion durch den Gesetzgeber während der beiden Weltkriege[2]. Diese Maßnahmen waren naturgemäß auf kurze Perioden beschränkt, den Belangen der Konkubine wird allerdings durch die Pensionsgesetzgebung zugunsten der Hinterbliebenen von durch Kriegseinwirkung zu Tode gekommenen Personen längerfristig Rechnung getragen[3]. Im übrigen kommt die Konkubine nur als Anspruchsberechtigte hinsichtlich der Sterbeversicherung nach dem Code de la Sécurité Sociale in Betracht[4].

In Brasilien ist dagegen der Schutz der Gefährtin im Sozialrecht wesentlich weiter entwickelt worden[5]. Der Ausbau der Rechte der Gefährtin im Sozialrecht geschah nicht aus Anlaß irgendwelcher Kriege oder vergleichbarer Ausnahmesituationen für das Wohl des Gemeinwesens, sondern angesichts einer permanenten sozio-ökonomischen Krise, zu deren Veranschaulichung die statistischen Zahlen über die Erwerbslage und den Alphabetisationsgrad weiter Teile der Bevölkerung das Wesentliche aussagen[6].

Die Entwicklung in der sozialen Gesetzgebung, zu der auch

---

1) Théry, 52.

2) Siehe oben S. 168 f., 185 f.

3) Siehe oben S. 185 f.

4) Siehe oben S. 182 ff.

5) Siehe oben S. 169 ff. (179 f.).

6) Siehe oben S. 124 ff.

die mietrechtlichen Schutzvorschriften zugunsten der Lebensgefährtin des Mieters zu zählen sind, aber auch die Neuerung im Namensrecht sowie im Steuerrecht Brasiliens beweisen, daß die sozialen Tatsachen zur Kenntnis genommen wurden und daß man bestrebt ist, die soziale Not zu lindern[1]. Während dieses Prozesses wurde das Konkubinat auch zu einem gesetzlichen Terminus, indem man es in zahlreichen Regelungen zum selbständigen Tatbestandsmerkmal erkor. Dabei bemühten sich die Gesetzgeber, gewisse Ordnungsfaktoren wie zum Beispiel durch Einführung von Fristen für das eheähnliche Zusammenleben aufzustellen oder an das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit der Gefährtin anzuknüpfen oder aber beide Kriterien zu verbinden. Überall dort, wo die companheira (compagne), die wirtschaftlich abhängige Person (personne à charge) mit einem subjektiven Recht bedacht wird, ist das Konkubinat, ist die union libre "en tant que telle" berücksichtigt. Darin besteht der wesentliche Unterschied zu jenen Bereichen, in denen die Gefährtin nicht als Konkubine anspruchsberechtigt ist, sondern aufgrund von Rechtsbeziehungen, die zwischen beliebigen Rechtssubjekten auch bestehen können, etwa wenn es sich um die Zuerkennung von Ansprüchen wegen erbrachter Dienstleistungen oder aus faktischer Gesellschaft handelt[2].

Der in Brasilien stärker als in Frankreich zutage tretende Pragmatismus, der sich in einer stärkeren sozialrechtlichen Absicherung der Konkubine niederschlägt, erscheint nicht ganz risikolos. Der Elan, mit welchem man in Brasilien ans Werk gegangen ist, hat dazu geführt, daß die Synchronisation zwischen der eher "statischen Moral" des Zivilgesetzbuches und der "dynamischen Moral" des Sozialrechts[3] erschwert wurde. Es fehlt beispielsweise jede gründliche Auseinandersetzung mit der inhaltlichen Bestimmung des Konkubinates, an das ja nunmehr selbständig wichtige Rechtsfolgen geknüpft

---

1) Siehe oben S. 166 ff., 153 ff., 186 f.

2) Siehe oben S. 138 ff. (146 ff.), siehe auch S. 150 ff.

3) Dahan, 95.

werden[1]. Die sittlichen und volksgesundheitlichen Überlegungen des Gesetzgebers, die sich in den Ehehindernissen des código civil niederschlugen[2], finden sich z.B. im Sozialrecht nicht wieder[3]. Dort vermißt man auch eine Querverbindung zu weiteren im Eherecht relevanten Problemen, wie etwa zur Frage nach den Folgen der Rückgängigmachung des Unterhaltsverzichtes seitens der Ehefrau für die Rechtsstellung der vom Versicherten wirtschaftlich abhängigen Konkubine[4].

Man kann den Modernismus als "Anpassung an die Realität" gutheißen[5], darf aber nicht übersehen, daß mit der Aufwertung des Konkubinates neben der traditionellen Institution Ehe die Metamorphose zur faktischen Ehe voranschreitet. Der Schutz der Familie beziehungsweise die Interessenwahrung der Ehefrau kann nämlich dann beeinträchtigt werden, wenn sich abzeichnet, daß die Vorteile, die der Gefährtin zugute kommen, auf Kosten der legitimen Ehefrau geleistet werden sollen, wie z.B. in Frankreich geschehen, als man bei faktischer Trennung der Eheleute die Abwesenheit der Ehefrau zum Anlaß nahm, ohne nach der Verteilung der Verantwortlichkeit für diesen ehewidrigen Zustand zu fragen, um sie zugunsten der Gefährtin als Anspruchsberechtigte auszuschließen[6]. Ein solches Ergebnis ist nach brasilianischem Recht jedenfalls nicht möglich[7].

Eine Beeinträchtigung der Interessen der Ehefrau durch die Berücksichtigung der Konkubine kann allerdings dort nicht stattfinden, wo die Ehefrau vom Mann gerichtlich oder fak-

---

1) Siehe oben S. 98 f., 117 f.

2) Siehe oben S. 77 ff.

3) Siehe oben S. 108 ff.

4) Siehe oben S. 175 ff.

5) de Bulhões Carvalho, Rev. Trib. 216, 25.

6) Siehe oben S. 184.

7) Siehe oben S. 171, 174, 179.

tisch getrennt ist und keinen Anspruch auf Unterhalt hat. Erst recht nimmt die Institution Familie keinen Schaden, wenn die in Brasilien häufig anzutreffenden eheähnlichen Gemeinschaften, die zwar als Ehen gewollt, in Folge von Unkenntnis oder wirtschaftlichem Unvermögen aber lediglich durch religiöse Trauung begründet worden sind[1], sozial abgesichert werden[2].

Die Zukunft wird erweisen, ob die Einführung der Scheidung in Brasilien die Zahl der eheähnlichen Gemeinschaften drosseln wird[3]. Das wird nicht allein davon abhängen, wie streng oder flexibel die einzelnen Scheidungsvoraussetzungen sein werden, sondern zugleich auch von der Gestaltung der wirtschaftlichen Scheidungsfolgen[4].

---

1) Siehe oben S. 132 f.

2) Siehe oben S. 173, 179.

3) Siehe oben S. 133 f.

4) Siehe oben S. 19 ff., 124 ff.

ANHANG

Neues Gesetz über öffentliche Register (Nova Lei de Registros Públicos)

(Lei nº 6.015, de 31-12-1973 com as alterações determinadas pelas Leis nºs 6.140, de 28-11-1974 e 6.216, de 30-6-1975)

(Gesetz Nr. 6.015 vom 31.12.1973 geändert durch die Gesetze Nr. 6.140 vom 28.11.1974 und Nr. 6.216 vom 30.6.1975)

Art. 56 - O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

Innerhalb eines Jahres nach Erreichen der Volljährigkeit kann der Antragsteller persönlich oder durch einen ausreichend Bevollmächtigten den Namen ändern, sofern die Familiennamen nicht beeinträchtigt werden. Die Änderung ist einzutragen und in der Presse zu veröffentlichen.

Art. 57 - Qualquer alteração posterior de nome, sòmente por exeção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandato e publicando-se a alteração pela imprensa.

Jede spätere Namensänderung ist nur als Ausnahme und begründeterweise, nach Anhörung der Staatsanwaltschaft, durch Genehmigung des Richters zulässig, dem die Führung des Registers obliegt. Der Vorgang wird archiviert und die Änderung in der Presse veröffentlicht.

§ 1º - Poderá, também, ser averbado, nos mesmos termos, o nome abreviado, usado como firma comercial registrada ou em qualquer atividade profissional.

In der gleichen Weise kann der als eingetragene Handelsfirma oder in jeder anderen Berufstätigkeit gebrauchte, abgekürzte Name eingetragen werden.

§ 2º - A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas.

Eine ledige, getrennte oder verwitwete Frau, die mit einem ledigen, getrennten oder verwitweten Mann lebt, kann ausnahmsweise und bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, beim zuständigen Richter beantragen, daß im Geburtenregister der Familienname ihres Gefährten, ohne Beeinträchtigung der eigenen Familiennamen eingetragen werde, sofern ein gesetzliches Ehehindernis aufgrund des Zivilstatus einer oder beider Parteien besteht.

§ 3º - O juiz competente sòmente processará o pedido, se tiver expressa concordância do companheiro, e se da vida em comum houverem decorrido, no mínimo, cinco anos ou existirem filhos da união.

Der zuständige Richter behandelt den Antrag nur, wenn die ausdrückliche Übereinstimmung mit dem Gefährten gegeben ist und wenn das Zusammenleben mindestens schon fünf Jahre dauert oder wenn Kinder aus der Verbindung existieren.

§ 4º - O pedido de averbação só terá curso, quando desquitado o companheiro, se a ex-esposa houver sido condenada ou tiver renunciado ao uso dos apelidos do marido, ainda que dele receba pensao alimentícia.

Ist der Gefährte von seiner Ex-Ehefrau getrennt, so wird dem Eintragungsantrag nur stattgegeben, wenn sie verurteilt wurde oder auf die Führung der Familiennamen des Mannes verzichtet hat, selbst wenn sie von ihm Unterhalt bezieht.

§ 5º - O aditamento regulado nesta Lei será cancelado a requerimento de uma das partes, ouvida a outra.

Der in diesem Gesetz geregelte Zusatz wird auf Ersuchen einer der Parteien, nach Anhörung der anderen, gelöscht.

§ 6º - Tanto o aditamento quanto o cancelamento da averbação previstos neste artigo serão processados em segredo de justiça.

Der Zusatz und auch die Löschung der Eintragung, die in diesem Artikel vorgesehen sind, werden im nichtöffentlichen Verfahren behandelt.

LEBENSLAUF

Am 19. Oktober 1951 wurde ich in Bukarest geboren.

Volksschule und erstes Gymnasialjahr absolvierte ich an der deutschen Schule in Bukarest. Im Jahre 1963 übersiedelte ich mit meiner Familie nach Deutschland. Das Abitur bestand ich am neusprachlichen Gymnasium "Musterschule" in Frankfurt am Main, nachdem ich ein Jahr zuvor die US-amerikanische Reifeprüfung (high school graduation) zum Abschluß eines einjährigen Aufenthaltes in Kalifornien und Illinois als Austauschschüler des American Field Service abgelegt hatte.

Das Studium der Rechtswissenschaften begann ich im Wintersemester 1970 an der Philipps-Universität zu Marburg an der Lahn. Zwei Jahre später wechselte ich an die Université de Genève über, wo ich außer deutschem, auch schweizerisches und französisches Recht hörte und Seminarteilnehmer am Institut de Hautes Études Internationales war. Nach meiner Rückkehr nach Marburg zum Sommersemester 1973 nahm ich das Zweitstudium der Politikwissenschaft auf. Insgesamt habe ich 8 Semester Rechtswissenschaften und 3 Semester Politikwissenschaft studiert. Während meines Studiums war ich Stipendiat der Studienstiftung des Deutschen Volkes.

Am 28. Januar 1975 bestand ich die Erste Juristische Staatsprüfung in Marburg.

Von März 1975 bis April 1976 war ich wissenschaftlicher Assistent am Institut für Rechtsvergleichung - Anglo-Amerikanische Abteilung - der Philipps-Universität.

Im Mai 1976 ging ich als Promotionsstipendiat der Studienstiftung des Deutschen Volkes für 10 Monate nach Rio de Janeiro.

Seit Juni 1977 befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst im Landgerichtsbezirk Frankfurt am Main.